Die zivilrechtliche Beurteilung des eigenmächtigen ärztlichen Eingriffs unter Einschluß der Tätigkeit des Arztes bei der Rettung des Selbstmörders.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Karl Roth

Gerichtsreferendar

aus Altmorschen Bez. Kassel.

Marburg 1933

Druck: H. Pöppinghaus, o. H.-G., B.-Langendreer.

Als Dissertation von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 20. Juli 1933.

Berichterstatter: Professor Dr. jur. et phil. Erich Jung.

Inhaltsübersicht.

Schrifttum.

A h r e n s : Geschäftsführung ohne Auftrag als Strafausschließungsgrund, Strafr. Abhandlung, Heft 101 (1909).
A s c h r o t t - K o h l r a u s c h : Reform des Strafrechts (1911).
v o n B a r : Gesetz und Schuld im Strafrecht, Bd. III (1909).
— Zur Frage von der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes. GS. Bd. 60, S. 81 ff. (1902).
B e h r : Medizin und Strafrecht. GS. Bd. 62, S. 400 ff. (1902).
B e l i n g : Die Lehre vom Verbrechen. (1906.)
B e r n e r : Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 17. Aufl. (1895).
B i e r l i n g : Juristische Prinzipienlehre. Bd. III (1905).
B i n d i n g : Die Normen und ihre Übertretung. 3. Aufl. (1916/18).
— Grundriß des deutschen Strafrechts. Allg. Teil. 8. Aufl. (1913).
— Handbuch des Strafrechts. (1885.)
— Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil, Bd. I (1905).
B ö h l a u: Volenti non fit iniuria. Goltd. Arch., Bd. 5, S. 489 ff.
B r e i t h a u p t: Volenti non fit iniuria (1891).
B r ü c k m a n n : Die Rechte des Geschäftsführers ohne Auftrag (1903).
v a n C a l k e r : Strafrecht und Frauenheilkunde (1908).
C o s a c k u. M i t t e i s : Lehrbuch des Bürgerl. Rechts. 8. Aufl. (1927).
D e r n b u r g : Recht der Schuldverhältnisse. Bd. II (1915).
G r a f z u D o h n a : Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestand strafbarer Handlungen (1905).
— Recht und Irrtum (1925).
E b e r m a y e r : Der Arzt im Recht (1930).
— Ärztliche Fragen im Entwurf des Reichsstrafgesetzbuches. JW. 1930, S. 1549.
E l s t e r : Rechtswidrigkeit, im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, herausgegeben von Stier-Somlo und Elster (1926/27), S. 748.
E n d e m a n n : Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. I, 9. Aufl. (1903).
— Zivilcourage und Strafrecht (1925).
E n n e c c e r u s : Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. I, 1. Abt., Allg. Teil. 25.—29. Aufl. (1926). Bd. I, 2. Abt., Recht der Schuldverhältnisse. 23.—27. Aufl. (1927).
F i n g e r : Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Bd. I (1904).

Fischer, H. A.: Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts (1911).
— Empfiehlt es sich, im Zusammenhang mit der kommenden Strafrechtsreform die Vorschriften des Bürgerlichen Rechts über Schuldfähigkeit, Schuld und Ausschluß der Rechtswidrigkeit zu ändern? DJZ. 1926, S. 1281 ff.
Flügge: Das Recht des Arztes (1903).
Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 17. Aufl. (1926).
Galli: Unter welchen Voraussetzungen bedarf die strafrechtliche Verantwortlichkeit für ärztliche Eingriffe der gesetzlichen Regelung? Recht 1905, S. 126 ff.
Geider: Die Strafbarkeit des Erwachsenen bei Züchtigung des ungezogenen Jugendlichen. Strafr. Abhandlung, Heft 196 (1918).
Gerland: Deutsches Reichsstrafrecht (1922).
— Die Selbstverletzung und die Verletzung des Einwilligenden. Vergl. Darst., Allg. Teil, Bd. II, S. 487 ff.
Geyer: Grundriß der Vorlesungen über gemeines deutsches Strafrecht. Bd. I (1884).
von Gierke: Deutsches Privatrecht, Bd. III (1917).
Hamm: Operative Eingriffe des Arztes. DJZ. 1907, S. 447 ff.
Hartwig: Die Körperverletzung eines Einwilligenden nach dem Reichsstrafgesetzbuch. GS. Bd. 82, S. 301 und Bd. 83, S. 27 ff.
Hegler: Die Merkmale des Verbrechens. ZStrW. Bd. 36, S. 19 ff.
Hellwig: Die Stellung des Arztes im bürgerlichen Recht (1905).
Heimberger: Rechtmäßiges und rechtswidriges Handeln. Vergl. Darst. Allg. Teil, Bd. IV, S. 1 ff. (1907).
— Strafrecht und Medizin (1899).
Heinitz: Das Problem der materiellen Rechtswidrigkeit. Strafr. Abhandl. Heft 211 (1925).
von Hippel: Die Bedeutung der Geschäftsordnung ohne Auftrag im Strafrecht. Festgabe zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts. Bd. V, S. 1 ff. (1929).
Hofacker: Die Staatsverwaltung und Strafrecht.
— Rechtswidrigkeit und Kriegsverbrechen (1921).
Hold von Ferneck: Die Rechtswidrigkeit (1903).
Holer: Die Einwilligung des Verletzten. Diss. Zürich 1906.
Honig: Die Einwilligung des Verletzten. (1919.)
Isay: Die Geschäftsführung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. (1900.)
Jellinek, G.: System der subjektiven öffentlichen Rechte. 2. Aufl. (1905).
Jung: Rechtsregel und Rechtsgewissen. Eine Untersuchung über die Grundlagen der Rechtsgeltung. Arch. z. Pr., Bd. 118, S. 1 ff.
— Bürgerliches Recht (1931).

— Rechtsphilosophische Fragen im praktischen Rechtsleben. Vortrag. Verhandlungen des 5. Preuß. Richtertages und der Vertreterversammlung des Preuß. Richtervereins zu Kassel am 10. und 11. Oktober 1926. (Berlin 1926.)

Kahl: Der Arzt im Strafrecht. ZStrW., Bd. 29, S. 352 ff.

Kaufmann, Hugo: Das Ärzterecht. JW. 1932, S. 3302 ff.

Keßler: Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung. (1884.)

— Kritische Bemerkungen zu Bindings Lehre von der Einwilligung des Verletzten. GS. Bd. 38, S. 561 ff.

Kiehl: Die Einwilligung des Minderjährigen nach geltendem Strafrecht. Goltd. Arch., Bd. 54, S. 380 ff. (1907).

Kipp-Wolff: Familienrecht. Lehrbuch. 15.—17. Aufl. (1925.)

Kitzinger: Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit im Strafrecht. GS. Bd. 55, S. 1 ff. (1889).

— Übergesetzlicher Notstand und kein Ende. JW. 1933, S. 405.

Köhler: Deutsches Strafrecht. Allg. Teil (1917).

Kohlrausch: Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 28. Aufl. (1928).

— Das Recht zu ärztlichen Eingriffen. ZStrW., Bd. 23, S. 694 ff.

Lehmann, Heinrich: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches. 2. Aufl. (1922).

— Familienrecht (1926).

Leonhard, Franz: Bürgerliches Recht. Ein Lehrbuch in kurzen Sätzen. (1923.)

Leipziger Kommentar: Ebermayer — Lobe — Rosenberg, 3. Aufl. 1925.

von Lilienthal: Die pflichtmäßige Handlung des Arztes. Festgabe für Bekker (1898).

von Liszt: Deliktsobligationen im BGB. (1898).

von Liszt-Schmidt: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 25. Aufl. (1927).

Löffler: Die Körperverletzung. Vergl. Darst., Bes. Teil, Bd. 5, S. 205 ff. (1905).

Mayer, M. E.: Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts. Lehrbuch. (1915.)

— Rechtsnormen und Kulturnormen. Strafr. Abhandl. Heft 50 (1905).

Merk: Vom Werden und Wesen des deutschen Rechts. (1926.)

Merkel, Adolf: Die Lehre von Verbrechen und Strafe. Herausgegeben von M. Liepmann (1912).

— Lehrbuch des deutschen Strafrechts (1889).

Merkel, Rudolf: Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmäßigen Handlungen (1895).

Meyer: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 5. Aufl. (1895).

Meyer-Allfeld: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 8. Aufl. (1922).

Mezger: Die subjektiven Unrechtselemente. GS. Bd. 89, S. 205 ff.
— Sein und Sollen im Recht (1920).
— Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände. In der Festschrift für Traeger, S. 187 ff (1926).
— Strafrecht. Ein Lehrbuch (1931).
Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. II (1888).
Nagler: Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit. In der Festgabe für Binding, Bd. II, S. 275 ff. (1911).
Nathan: Über Ausschluß der Rechtswidrigkeit im Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung des ärztlichen Wirkungskreises. Strafr. Abhandlungen, Heft 206.
Oertmann: Recht der Schuldverhältnisse. Kommentar, 5. Aufl. (1928/29).
Oetker: Notwehr und Notstand. Vergl. Darst., Allg. Teil, Bd. II, S. 255 ff.
Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 11. Aufl. (1927).
Oppenheim: Das ärztliche Recht zu körperlichen Eingriffen an Kranken und Gesunden (1892).
Philippsborn: Kranker und Krankenhaus im Recht (1920).
Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Bd., 2. Hälfte, 4. Auflage (1928).
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. II (1898).
Radbruch: Geburtshilfe und Strafrecht (1907).
— Grundzüge der Rechtsphilosophie (1914).
RGRäte-Kommentar: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, erläutert von den Reichsgerichtsräten. 6. Aufl. (1928).
Rosenberg: Strafbare Heilungen. GS. Bd. 62 ff. (1903).
Sauer: Grundlagen des Strafrechts (1921).
— Gesetz und Rechtsgefühl. ZStrW. Bd. 33, S. 785 ff. (1912).
Schickele: Strafrecht und Frauenheilkunde (1909).
Schmidt, Richard: Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes für verletzende Eingriffe (1900).
Schwartz: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich mit Kommentar (1914).
Spinner: Ärztliches Recht (1914).
Staub-Pinner-Koenige: Kommentar zum HGB., Bd. III, 12./13. Aufl. (1926).
Staudinger-Engelmann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Schuldverhältnisse. Bd. III, 9. Aufl. (1929).
Stooß: Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung (1898).
von Tuhr: Der allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. 2. Bd., 1. Hälfte (1914), 2. Bd., 2. Hälfte (1918).
Titze: Recht der Schuldverhältnisse (1926).

Traeger: Die Einwilligung des Verletzten und andere Unrechtsausschließungsgründe im zukünftigen Strafgesetz. GS. Bd. 94, S. 112 ff.

Trappenberg-Scheurel: Die zivilrechtlichen Folgen der Rettung des Selbstmörders. Heft 47 der Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts. Herausgegeben von Prof. Dr. Franz Leonhard (1932).

Unger: Der Selbstmord in der Beurteilung des geltenden deutschen bürgerlichen Rechts (1913).

Verhandlungen des 34. Deutschen Juristentages 1926 (1927).

Voltz: Die Züchtigung fremder Kinder und die Versuche ihrer Rechtfertigung. ZStrW. Bd. 50, S. 339 ff. (1929).

Wachenfeld: Lehrbuch des deutschen Strafrechts (1914).

Wachinger: Zur Frage der Erzwingbarkeit der Blutentnahme für die Blutgruppenbestimmung. Bedeutung und Grenzen der richterlichen Interessenabwägung. JW. 1932, S. 3041.

von Weber: Das Notstandsproblem und seine Lösung in den deutschen Gesetzentwürfen von 1919 und 1925. Leipziger rechtswissenschaftliche Studien. Heft 12.

Wegner: Kriminelles Unrecht, Staatsunrecht und Völkerunrecht. Hamburger Schriften, Heft 7 (1925).

Windscheid-Kipp: Lehrbuch der Pandekten. 9. Aufl. (1906).

Wolff: Sachenrecht. Lehrbuch. 20.—21. Aufl. (1926).

Zitelmann: Ausschluß der Widerrechtlichkeit. Arch. z. Pr., Bd. 99, S. 1 ff.

— Die Haftung des Arztes (1908).

Einleitung.

Aufgabe, Ausgangspunkt und Abgrenzung.

Tagtäglich werden Tausende und aber Tausende von Patienten ärztlich behandelt. In der Regel wird der Arzt dem Patienten sachgemäße Hilfe leisten. Rechtsstreitigkeiten werden hier nur in verhältnismäßig wenig Fällen über das ärztliche Honorar entstehen, mag der Patient dem Arzt das Honorar ganz oder teilweise verweigern, oder mag der Arzt den Patienten überfordern. Handelt es sich hier um die Haftung des Patienten, so stellt sich umgekehrt die Frage nach der zivilrechtlichen Haftung des Arztes, wenn eine Operation den bei Vertragsschluß vorausgesetzten Erfolg nicht gezeitigt hat, oder wenn darüber hinaus sogar eine gesundheitliche Schädigung als Folge der Behandlung zurückgeblieben ist. Auch hier ist es nicht zweifelhaft, nach welchen rechtlichen Gesichtspunkten der Einzelfall zu entscheiden ist. Zu prüfen ist, ob dem Arzt ein Verschulden zur Last fällt. Im einzelnen Falle kann sich die Feststellung eines dem Arzt unterlaufenden Kunstfehlers infolge der tatsächlichen Umstände schwierig gestalten. Hier zu einem für beide Teile befriedigenden Ergebnis zu gelangen, ist eine typische Schwierigkeit solcher Prozesse. Liegt eine Fahrlässigkeit des Arztes vor — vorsätzliches Handeln dürfte kaum vorkommen —, so kann der Arzt nur auf Grund der Haftung aus dem Dienstvertrag zum Schadenserfatz herangezogen werden. An und für sich ist auch der äußere Tatbestand des § 823 Abs. 1 BGB. erfüllt. Der Arzt hat den Körper eines anderen verletzt; infolge dieser Verletzung des Körpers ist auch ein Schaden entstanden. Die Schadensersatzpflicht tritt aber nur ein, wenn der Arzt die schadenzufügende Handlung „widerrechtlich" vorgenommen hat. Der Arzt, der eine Operation auf Grund eines auf die Operation gerichteten gültigen Vertrages vornimmt, handelt nicht widerrechtlich. Darüber besteht nur eine Meinung. Die Widerrechtlichkeit wird, wie man sagt, durch die Einwilligung des Patienten ausgeschlossen. Diesem Gedankengang liegt allerdings eine Ungenauigkeit zugrunde. Der Operationsvertrag enthält nicht etwa begriffsnotwendig die Einwilligung, wie angenommen werden könnte. Mag auch in den meisten Fällen der Abschluß des Vertrages von der Einwilligung des Patienten begleitet sein, so sind doch Vertrag und Einwilligung scharf voneinander zu trennen. Einer Abgrenzung beider Begriffe bedarf es aber für die zunächst folgenden Ausführungen nicht. Die Einwilligung bildet für die Praxis nur insoweit ein Problem, als es zweifelhaft sein kann, wieweit die Einwilligung wirksam ist. Die regelmäßig unrechtsausschließende Wirkung der Einwilligung des Patienten darf also zunächst als

richtig unterstellt werden. Es liegt dann die Frage nahe, ob der Arzt, der einen Patienten ohne dessen Einwilligung operiert, nach bürgerlichem Recht haftbar ist.

Die vom Patienten außer bloßer Beratung in Anspruch genommene ärztliche Hilfe erschöpft sich nun keineswegs in chirurgischen Eingriffen. Der Arzt, der dem Patienten zum ersten Male gegenübertritt, wird diesen zumeist erst untersuchen müssen, um das Leiden feststellen und wirksam bekämpfen zu können. Anders als die reine Beratungstätigkeit auf Grund der Angaben des Patienten macht die körperliche Untersuchung schon ein Eindringen in dessen körperlichen Bereich erforderlich, mag der Arzt sich je nach der Art der hervorgetretenen und vom Patienten mitgeteilten Kankheitssymptome auf eine äußerliche Untersuchung durch Beschauen, Abhorchen, Abklopfen und dergl. beschränken oder erst unter Anwendung intensiverer Untersuchungsmethoden wie z. B. Magenauspumpen, Einsetzen von Spiegeln, Röntgenaufnahmen zu einer Diagnose gelangen. Die gefundene Diagnose ermöglicht es dann dem Arzt, Maßnahmen zur Heilung oder Linderung des Leidens zu ergreifen. Diese Maßnahmen können sehr verschiedener Art sein. Erweist sich beispielsweise eine Operation als angezeigt, so ist diese häufig nur in der Narkose durchführbar, so daß sich die Narkotisierung als ein Teil der chirurgischen Tätigkeit darstellt. Oft ist dem Leiden auf operativem Wege oder mit einer mechanisch wirkenden Behandlungsweise nicht beizukommen, wohl aber durch Eingeben von Arzneimitteln oder Behandlung mittels Elektrizität, Diathermie. In einzelnen Fällen psychischer Störungen kann es angezeigt sein, einen Versuch mittels Suggestivbehandlung zu machen. Als weitere Beispiele der im einzelnen sehr unterschiedlichen Behandlungsmöglichkeiten mögen noch erwähnt werden die Behandlung mit Bädern verschiedener Art, Lichtbädern, Höhensonne, sowie die Anwendung von Röntgenstrahlen (zu Heilzwecken). Die denkbaren Behandlungsmöglichkeiten erschöpfend aufzuzählen und zu gruppieren, ist nicht die Aufgabe dieser Arbeit. Es genügt, wenn die Fragestellung in ihrer tatsächlichen Bedeutung klargestellt wird.

Alle diese Formen der Untersuchung und eigentlichen Behandlung dienen dem Bestreben, das Leiden zu beseitigen oder wenigstens zu lindern. Erreichbar ist dieses Ziel nur durch ein mehr oder weniger intensives Eindringen in die körperliche Sphäre des Patienten.

Dementsprechend kann als ärztlicher Eingriff bestimmt werden jede zu Heilzwecken vom Arzt angewendete Behandlungsweise, die auf die Integrität des Körpers, die Unverletzlichkeit der Willensfreiheit oder die Gesundheit des Patienten einwirkt. Ein eigenmächtiger Eingriff liegt vor, wenn der Arzt sich nicht auf die wirksame Einwilligung des Patienten oder des sonst zur Erteilung der Einwilligung Berechtigten berufen kann.

Wenn ärztlicher Eingriff eine Behandlungsweise zu Heilzwecken [1] [2] bedeutet, so fallen hierunter auch die Transfusion und die Transplantation, soweit dabei die Person des zu Heilenden in Betracht kommt.

Als Heilbehandlungen im weiteren Sinne sind auch die von ärztlicher Hand vorgenommenen Korrekturen von Schönheitsfehlern anzusehen.

Der typische und praktisch bedeutsamste Fall des ärztlichen Eingriffs ist die Operation.

Wie die Fassung der Aufgabe andeutet, beansprucht besonderes Interesse und auch besondere Beurteilung die Tätigkeit des Arztes bei der Rettung des Selbstmörders, dem die ärztliche Hilfe regelmäßig nicht nur ohne seinen Wunsch, sondern gegen seinen Willen geleistet wird.

---

[1] Die Frage der Euthanasie, der einem unheilbar Leidenden gewährten ärztlichen Sterbehilfe, ist dagegen im Rahmen dieser Arbeit nicht mitzubehandeln, da hier von einem Heilzweck keine Rede sein kann, und die Bedeutung dieses Problems im wesentlichen auf strafrechtlichem Gebiete liegt. — Schrifttum vgl. bei Nathan, S. 9.

[2] Zum Begriff der Heilbehandlung vgl. u. a. Mezger. Strafrecht, S. 245.

Hauptteil.

I. Allgemeiner Teil.

1.) Die Voraussetzungen einer möglichen Schadensersatzpflicht des Arztes.

Haftet nun der Arzt dem Patienten für einen eigenmächtigen Eingriff? Im Gegensatz zu der vertraglichen Haftung beim Vorliegen der Einwilligung, wo es sich um die Frage handelt, ob den Arzt ein Verschulden bei Ausführung der Behandlung trifft, lautet die Frage bei dem eigenmächtigen Eingriff: Haftet der Arzt wegen des eigenmächtigen Eingreifens selbst, gleichgültig, ob sich der Eingriff vom Standpunkt der ärztlichen Wissenschaft als erfolgreich oder mißlungen darstellt?

Der Rahmen für die zivilrechtliche Behandlung der Frage ist in der Vorschrift des § 823, Abs. 1 BGB. gegeben: „Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet."

Einer Heranziehung des Absatzes 2 des § 823 BGB. bedarf es nicht, obwohl nicht übersehen wird, daß der eigenmächtige Eingriff sehr wohl auch die Verletzung eines Schutzgesetzes enthalten kann. Es kommen hier die §§ 223, 223 a, 230, 239, 240 StGB. in Frage. Liegt eine solche Gesetzesverletzung vor, so ist stets auch die Verletzung eines der im Absatz 1 des § 823 BGB. bezeichneten Rechtsgüter gegeben. Es bedarf also insbesondere keiner Erörterung des im Strafrecht heftig umstrittenen Mißhandlungsbegriffes.

Die Verpflichtung zum Schadensersatz knüpft also an die Verletzung eines bestimmten Rechtsgutes an. Nachdem oben bereits einige Beispiele des ärztlichen Eingriffs angeführt worden sind, erübrigt sich eine nähere Erörterung darüber, daß der eigenmächtig eingreifende Arzt in der Regel eines der sogenannten Lebensgüter verletzt. Der operative Eingriff enthält notwendig die Verletzung der körperlichen Integrität. In der Chloroformierung liegt eine Gesundheitsverletzung und zugleich eine Beschränkung der Freiheit. Die Suggestivbehandlung wird vielfach eine Beeinträchtigung der Willensfreiheit zur Folge haben. Soweit die Behandlung mit Elektrizität, Bädern, Höhensonne und Röntgenstrahlen infolge übermäßig starker Anwendung nicht schon als Ver-

letzung des Körpers (Verbrennung) in Erscheinung tritt, wird häufig eine Gesundheitsverletzung feststellbar sein [1]).

Die Feststellung einer Rechtsgüterverletzung wird im einzelnen Falle keine Schwierigkeit bereiten. Weniger klar liegt mitunter die Frage, ob und wieweit infolge der festgestellten Verletzung ein Schaden eingetreten ist. Sieht man von der von Fall zu Fall mehr oder weniger schwierigen Frage des Kausalzusammenhanges ab, so fragt es sich, in welchen Fällen vom Eintritt eines Schadens die Rede sein kann.

Der mißlungene Eingriff hat meist auch einen Schaden im Gefolge. Aber auch der erfolgreiche Heilangriff schließt nicht notwendig den Eintritt eines Schadens [2]) aus. Infolge des Eingriffs kann eine Nachbehandlung im Krankenhaus oder durch einen anderen Arzt notwendig geworden sein. Der Patient muß also Kosten aufwenden, die ohne den Eingriff überhaupt nicht oder nicht in dieser Höhe entstanden sein würden. Hat der Patient infolge der Behandlung seinem Beruf nicht nachgehen können, so stellt der entgangene Arbeitsverdienst einen Schaden dar. Auch die Nebenfolgen einer an sich gelungenen Operation können einen Vermögensschaden nach sich ziehen, z. B., wenn der Operierte infolge Steifheit des Armes seinen Beruf als Kraftwagenführer nicht mehr ausüben kann. Die Ersatzpflicht des Arztes wird allerdings nach dem Grundsatz der compensatio lucri cum damno ausgeräumt werden, wenn und soweit der Vermögensschaden auch ohne das Eingreifen des Arztes eingetreten wäre, der Patient zum Beispiel den Arm vollkommen verloren hätte [3]), oder wenn ohne die Behandlung über kurz oder lang ein viel längeres Krankenlager notwendig geworden wäre. Die Schadensfrage gestaltet sich allerdings weniger günstig für den Arzt, wenn er lediglich eine Unbequemlichkeit oder einen Schönheitsfehler beseitigt. In solchem Falle steht regelmäßig dem Verdienstausfall kein Gewinn gegenüber, den sich der Patient anrechnen müßte. Die Beseitigung des Schönheitsfehlers selbst ist kein Vermögensvorteil und deshalb nicht zum Schadensausgleich geeignet.

Zu beachten ist ferner, daß in jedem Falle, in dem wegen Verletzung des Körpers, der Gesundheit oder Freiheit nach § 823 Abs. 1 BGB. die Verpflichtung zum Schadenersatz besteht, nach § 847 BGB auch der sogenannte immaterielle Schaden in billiger Entschädigung zu ersetzen ist, gleichgültig, ob der Eingriff mißlungen ist oder nicht. Jedoch wird bei Bemessung der Entschädigung das Gelingen des Eingriffs gegebenenfalls zu berücksichtigen sein.

Daß der ohne Einwilligung eingreifende Arzt schuldhaft handelt, steht außer Frage, da nur das Verschulden für die Vornahme des Eingriffs in Betracht kommt, und ein weiteres Verschulden bei der Ausführung des Eingriffs für die unerlaubte Handlung bedeutungslos ist.

---

[1]) Auch mag es vorkommen, daß der Arzt, um seine eigentliche Tätigkeit entfalten zu können, ein Kleidungsstück gewaltsam entfernt und dabei beschädigt. Es liegt dann eine Verletzung fremden Eigentums vor.

[2]) Vgl. Zitelmann, die Haftung . . ., S. 9.

[3]) Zitelmann a. a. O.

Der Eintritt der in §§ 823, 847 festgesetzten Rechtsfolgen hängt also nur davon ab, ob der eigenmächtig vorgehende Arzt „widerrechtlich" handelt. Die Frage der Widerrechtlichkeit des ärztlichen Eingriffs hat von jeher große Schwierigkeiten bereitet. Besonders ein Einzelfall des eigenmächtigen Eingriffs ist es gewesen, der immer wieder zur wissenschaftlichen Behandlung herausgefordert hat. Dabei handelt es sich keineswegs um einen Streit von Theorien, die auf verschiedenem Wege zu demselben Ergebnis kommen. Die Behandlung, die der folgende Sachverhalt in der Praxis gefunden hat, läßt die Gegensätzlichkeit der Anschauungen — denn um eine solche handelt es sich letzten Endes — klar vor Augen treten.

Ein Arzt stellt während einer Uterusoperation, die er mit Einwilligung der Patientin in der Narkose vornimmt, eine Vereiterung des Wurmfortsatzes fest und nimmt alsbald auch die erforderliche Blinddarmoperation vor, ohne daß die Patientin Gelegenheit gehabt hätte, auch hierzu ihre Einwilligung zu erteilen[4]).

In einem solchen Falle hat das Oberlandesgericht Dresden die Klage des Arztes auf Zahlung des Honorars (für die zweite Operation) trotz Gelingens der Operation abgewiesen und die Akten der Staatsanwaltschaft vorgelegt mit dem Anheimgeben, gegen den Arzt Anklage zu erheben, da die ohne Einwilligung vorgenommene Operation eine vorsätzliche und auch widerrechtliche Körperverletzung darstelle. Die Staatsanwaltschaft hat die Erhebung der Klage abgelehnt[5]). Wenn die Staatsanwaltschaft das Verfahren einstellte, so konnte das nur geschehen, weil für sie nicht der leiseste Zweifel bestand, daß das Verhalten des Arztes nicht widerrechtlich sei. Denn sonst hätte sie befürchten müssen, daß man ihr eine Verletzung des Legalitätsprinzips vorwerfe[6]). Zitelmann bemerkt zu diesem Falle: „Jede juristische Theorie, die dem Arzt verbietet, in solchen Fällen einzugreifen, die also den Kranken lieber aus juristischen Bedenken zugrundegehen ließe oder ihm das Vergnügen machte, daß er sich aus der Narkose erholt und dann behufs der anderen ebenfalls notwendigen Operation noch einmal in Narkose versetzt wird, würde sich selbst richten"[7]).

Bei der überaus eingehenden Behandlung der Frage im Schrifttum kann es nicht das Bestreben dieser Arbeit sein, den zahlreichen, zum Teil voneinander weit abweichenden[8]) Theorien einen neuen selbständigen Lösungsversuch an die Seite zu stellen. Es mag genügen, wenn zu den verschiedenen Lösungsvorschlägen kritisch Stellung genommen wird, sofern sich dabei auch nur eine Ansicht als brauchbar und rechtlich haltbar erweist.

---

4) Zitelmann, die Haftung ... S. 16.

5) Vgl. Spinner, S. 234, auch DJZ. 1899, Nr. 107, 154, 184, 199.

6) Die heutigen Ausnahmen von dem Strafverfolgungszwang sind Schöpfungen neuerer Zeit.

7) Zitelmann, die Haftung ..., S. 16. — Vgl. auch Ebermayer, ärztliche Fragen ..., JW. 1930, S. 1549.

8) Vgl. v. Liszt-Schmidt, § 35, Anm. 6.

2. Das Problem der Widerrechtlichkeit in Zivil- und Strafrecht.

Hat die Frage nach der Widerrechtlichkeit des ärztlichen Eingriffs bereits wiederholte Behandlung auch von berufenster Seite erfahren, so ist der vorliegenden Arbeit, die einen Beitrag zu dieser Frage liefern will, der Weg dahin gewiesen, sich in erster Linie mit den vorhandenen Lehrmeinungen auseinanderzusetzen. Da aber, wie schon bemerkt, die im Schrifttum hervorgetretenen Meinungen die Frage weder einheitlich behandeln noch einem übereinstimmenden Ergebnis entgegenführen, erscheint es unumgänglich, mit einer methodischen Grundlegung über das Wesen der Widerrechtlichkeit zu beginnen.

Das Problem der Widerrechtlichkeit kann nun keineswegs als gelöst betrachtet werden. Der Gesetzgeber hat sich damit begnügt, in den einzelnen Tatbeständen das Erfordernis der Widerrechtlichkeit hervorzuheben, ohne selbst ihren Begriff zu bestimmen. Auch ermöglichen die zahlreichen Einzelbestimmungen, in denen der Gesetzgeber auf die Widerrechtlichkeit abhebt, keine systematische Behandlug in dem Sinne, daß nach den im überlieferten Recht gefundenen Einzelheiten eine Nacherzeugung eines Ganzen vorgenommen werden könnte, wie es dem Gesetzgeber bei Aufstellung der einzelnen Rechtsregeln vorgeschwebt hat.

Die Schwierigkeit der Durchdringung eines Begriffs, der sozusagen zwischen Himmel und Erde schwebt, liegt auf der Hand. Es darf betont werden, daß es weit über den dieser Arbeit gesetzten Rahmen gehen würde, sollte auch nur der Versuch gemacht werden, das Problem zu lösen. Die Darstellung muß sich demnach eine Beschränkung auferlegen, ohne aber einer Stellungnahme ausweichen zu können. Eine solche Stellungnahme wird nur möglich sein, wenn die Entwicklung der Lehre von der Widerrechtlichkeit in ihren Grundzügen dargelegt wird. Bei der Fülle des insoweit vorliegenden Schrifttums [9]) muß auf die Berücksichtigung zahlreicher wiewohl bedeutsamer Arbeiten verzichtet werden. Eine weitere Einschränkung wird dahin anzustreben sein, als die Frage nach dem Wesen der Widerrechtlichkeit im Rahmen des Themas eine Beantwortung nur im Hinblick auf Rechtsgüterverletzungen nach § 823 Abs. 1 BGB. erheischt.

Wie bereits dargelegt wurde, kann eine Schadensersatzpflicht des Arztes nach § 823 Abs. 1 anknüpfen an die Verletzung bestimmter Rechtsgüter, nämlich des Lebens, des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit. Da es sich hier um durch das Strafrecht geschützte Rechtsgüter handelt, so kann gefolgert werden, daß diese entgegen dem strafrechtlichen Verbot vorgenommenen Handlungen dem Recht zuwiderlaufen. Stellt nun diese Richtung gegen die Rechtsnorm [10]), die im § 823 Abs. 1 ausdrücklich verlangte Widerrechtlichkeit dar, oder hängt die Beurteilung der Frage, ob die Handlung widerrechtlich ist, noch von sonstigen vorhandenen oder fehlenden Unständen ab? Wäre der Eingriff des Chirurgen in den Körper des Patienten, weil es sich hier um ein geschütztes Rechtsgut handelt, in jedem

---

[9]) Vgl. von L i s z t - S c h m i d t zu § 32.

[10]) Alles Recht besteht aus Normen. Vgl. F i s c h e r, die Rechtswidrigkeit, S. 20, 21 und die daselbst zitierte Literatur.

Falle und endgültig widerrechtlich, so würde die berufliche Tätigkeit des Arztes aus einer Unzahl strafbarer Handlungen bestehen. Der Arztberuf ist aber, wie Vorschriften des öffentlichen Rechtes beweisen, erlaubt. Die Ausübung der ärztlichen Tätigkeit wird in mannigfaltiger Weise vom Staat unterstützt [11]). Demnach kann die Tatbestandsmäßigkeit einer Handlung für die Frage der Widerrechtlichkeit nicht allein entscheidend sein. Es müssen also, anders ausgedrückt, Umstände wirksam sein, die entweder die Widerrechtlichkeit überhaupt nicht entstehen lassen, oder aber eine anfänglich vorhandene Widerrechtlichkeit wieder beseitigen. Diese Fragestellung stellt einen Ausschnitt aus dem im Strafrecht häufig behandelten Problem der Widerrechtlichkeit dar. Mag auch im Strafrecht meist von Rechtswidrigkeit die Rede sein, so bedeutet das gegenüber dem im Privatrecht verwendeten Begriff der Widerrechtlichkeit nur einen Unterschied im Ausdruck, nicht im Gehalt [12]). Der Begriff der Widerrechtlichkeit ist für Privatrecht und Strafrecht, für alle Rechtsteile, ein einheitlicher [13]). Die Frage nach dem Gehalt der Widerrechtlichkeit ist meist in der Strafrechtswissenschaft erörtert worden. Bei der großen praktischen Bedeutung auch für das Zivilrecht ist die Vernachlässigung der Frage im privatrechtlichen Schrifttum nicht recht zu verstehen. Notgedrungen „nährt sich das Privatrecht fast vollständig von den Brocken, die von der — mit Literatur hierüber reich besetzten — Tafel des Strafrechts fallen [14]). Die zu lösenden Fragen sind deshalb an Hand der Strafrechtsliteratur zu erörtern.

Die bereits aufgeworfene Frage, ob die Widerrechtlichkeit im Tatbestand enthalten oder zu ihm hinzutreten muß, ist verschieden beantwortet worden. Eine weitverbreitete Lehrmeinung [15]) steht auf dem Standpunkt, objektiv rechtswidrig sei jedes normwidrige Verhalten, solange dem Handelnden nicht ein die Norm einschränkendes selbständiges Recht zur Seite stehe. Rechtswidrig ist also, was das positive Recht mißbilligt. Da nichts außerhalb des positiven Rechtes maßgebend sein kann, bedürfte es in jedem einzelnen Falle stets des Nachweises einer ausdrücklich oder stillschweigend durch die Gesetzgebung verliehenen Befugnis, um

[11]) Näheres vgl. unten, S. 39 ff.

[12]) Fischer, die Rechtswidrigkeit, S. 92.

[13]) So Zitelmann, S. 11; Fischer, a. a. O., S. 115; Beling, Lehre vom Verbrechen, S. 115 ff.; Kadecka, Verhandlungen des 34. DJ.-Tages, S. 424; Bierling, Juristische Prinzipienlehre III, S. 189; Ahrens, Geschäftsführung ohne Auftrag, S. 5; Nagler, Festschrift für Binding, S. 362. — Die Einheitlichkeit des Begriffes für die ganze Rechtsordnung wird nur ganz vereinzelt geleugnet, so von Kitzinger, GS. Bd. 55, S .13 ff. — Für Einheitlichkeit des Begriffes auch Mezger, Strafrecht, S. 181.

[14]) Zitelmann, Arch. z. Pr., Bd. 99, S. 1. — Das gilt allerdings heute nicht mehr uneingeschränkt, nachdem Fischer das Wesen der Rechtswidrigkeit besonders für das Zivilrecht behandelt hat.

[15]) Vgl. die bei von Liszt-Schmidt § 32, Anm. 5, Zitierten, auch Nagler, S. 345.

ein tatbestandsmäßiges Verhalten ausnahmsweise als rechtmäßig erscheinen zu lassen. Die Rechtswidrigkeit ist dann negatives Tatbestandsmerkmal. Die Strafbarkeit setzt das Nichtvorhandensein der Befugnis voraus. Es ist dies der Standpunkt der sogenannten formellen Rechtswidrigkeit, wie sie auf Grund der Lehre Bindings aufgekommen ist. Die Rechtswidrigkeit folgt aus dem Widerspruch zur Norm. Wenn trotzdem die festgesetzten Folgen nicht eintreten, so kann das nur daran liegen, daß ein sogenannter Ausschlußgrund vorhanden ist, der die Bedeutung einer Gegennorm hat [16]).

Es ist zwar einleuchtend, daß ein gegen das Gesetz verstoßendes Verhalten wegen dieser Richtung dem Unwerturteil verfällt und deshalb als rechtswidrig anzusehen ist. Diese Auffassung vermag aber weder die Geltung der Unrechtsausschließungsgründe zu erklären noch in den Fällen der Pflichtenkollision eine Lösung zu geben.

Die der Norm als Regel gegenüberstehenden Ausnahmen sind z. B. Notwehr und Notstand, „die allgemeinen Gründe aufgehobener Rechtswidrigkeit", wie Binding sie nennt [17]). Hiermit ist jedoch nicht erklärt, weshalb in diesen Fällen Ausnahmen zulässig sein sollen. Eine erkenntnistheoretische Durchdringung des Gehalts der Rechtswidrigkeit vermittelt die Lehre Bindings nicht. Sie ist deshalb auch nicht unangefochten geblieben und kann in ihrer ursprünglichen Form als widerlegt gelten [18]).

Hold von Ferneck [19]) übt gegenüber Bindings Auffassung von der Norm als Regel mit der Gegennorm als Ausnahme berechtigte Kritik, da in den Fällen, in denen nach der Lehre Bindings eine Ausnahme die Rücknahme der Norm notwendig macht, in Wahrheit überhaupt kein normwidriges Verhalten vorliege. Soweit erfährt Bindings Lehre in der Tat eine Richtigstellung und Verbesserung. Wenn Hold von Ferneck aber fortfährt, die Normwidrigkeit könne in den von Binding als Ausnahmen gedachten Fällen gar nicht vorliegen, da normwidrig nur ein pflichtwidriges Verhalten sei, so gibt auch er keine Antwort auf die Frage, was das Kennzeichen der Rechtswidrigkeit ist. „Wann nun aber eine Handlung normwidrig und deshalb pflichtwidrig ist, danach fragen wir vergebens" [20]). Binding und Hold von Ferneck sind in ihren Untersuchungen bei der Norm stehen geblieben, ohne sich die Frage vorzulegen, ob nicht aus Gründen, die für die Statuierung der Norm und für ihre Durchbrechung maßgebend gewesen sind, auf den Inhalt der Rechtswidrigkeit geschlossen werden kann.

---

[16]) So Binding, Normen I (2. Aufl. 1890), S. 127; Binding, Handbuch, S. 173; Nagler, der heutige Stand . . ., S. 115.

[17]) Binding, Handbuch, S. 174.

[18]) Gegen Binding vor allem Hold von Ferneck, S. 291 ff.; Fischer, die Rechtswidrigkeit, S. 192; Dohna, die Rechtswidrigkeit, S. 37 ff.; auch Hofacker, Staatsverwaltung und Strafrecht, S. 316 ff., 430 ff.

[19]) Hold von Ferneck, S. 201, 297.

[20]) Dohna, a. a. O., S. 28.

Mit dieser Fragestellung setzt die Untersuchung des Grafen zu Dohna ein [21]). Der Begriff der Rechtswidrigkeit läßt sich nicht auf dem Wege der Deduktion aus dem Gesetz ermitteln, da der Gesetzgeber den Begriff nicht schafft oder umschreibt, sondern ihn überall voraussetzt [22]). Geht man davon aus, daß in der Rechtswidrigkeit ein Begriff in „abstrakter Allgemeinheit“ zu bestimmen ist, so kann der einzelne Tatbestand des Gesetzes nicht die Erkenntnisquelle für einen so allgemeinen Begriff sein, der zudem auf eine lange Vergangenheit zurückblicken kann und nicht erst dem Strafgesetzbuch oder dem bürgerlichen Gesetzbuch sein Leben verdankt. Dabei geht Dohna allerdings nicht so weit, jede praktische Bedeutung der Norm für die Frage der Rechtswidrigkeit zu leugnen. Eine Reihe von Tatbeständen lassen aus der daran geknüpften Rechtsfolge, etwa der Strafe [23]), auf ein Verbot schließen, das dann allerdings ein Indiz für die Annahme der Widerrechtlichkeit bildet [24]). Ein erkenntnistheoretischer Hinweis auf die Widerrechtlichkeit ist aber damit nicht gegeben.

Im Verlauf seiner weiteren Untersuchungen geht Dohna auf die Idee und den Zweck des Rechts zurück, den er in der Regelung und Förderung des menschlichen Zusammenlebens findet. Von dem Gedanken eines sozialen Ideals ausgehend, ermittelt Dohna unter teleologischer Betrachtungsweise, daß die Normen „rechtes Mittel zu rechtem Zweck“ seien [25]). In dieser formalen Maxime findet Dohna unter dem Einfluß der Gedankengänge Stammlers die apriorisch festgestellten allgemeingültigen Merkmale des richtigen Rechts [26]). Nur dann kann die Norm von der Rechtsordnung als „richtig“ anerkannt werden, wenn sie dem formalen Grundsatz gerecht werde. In gleicher Weise ist auch das normierte Verhalten des Einzelnen zu würdigen und zwar vom Standpunkt des Täters aus. Die subjektiven Zwecke des Täters sollen entscheiden, ob auch eine pflichtwidrige [27]) Handlung vorliegt, so daß die Feststellung der Pflichtwidrigkeit der Handlung als logisches prius der Erkenntnis der Rechtswidrigkeit vorausgehe und damit den Wesensinhalt der beiden im Strafrecht grundlegenden Lehren von Rechtswidrigkeit und Schuld bilde. Es ist also stets zu

---

[21]) Dohna, a. a. O., S. 39 ff.

[22]) Dohna, a. a. O., S. 39.

[23]) Aus der Tatsache, daß der Tatbestand eine Ersatzpflicht nach sich zieht, wird man nicht mit der gleichen Sicherheit ein Anzeichen für die Widerrechtlichkeit entnehmen können, wie eine Betrachtung des § 904 BGB. zeigt.

[24]) Dohna, Rechtswidrigkeit, S. 40; Dohna, Recht und Irrtum, S. 4; Nathan, S. 3; Max Ernst Mayer, Lehrbuch, S. 10, 52, 182; Wegner, Kriminelles Unrecht . . . S. 45, 54 ff.; im Ergebnis auch Sauer, Grundlagen . . . S. 307, 308; Mezger, Der Sinn der strafrechtl. Tatbestände, S. 191, 195.

[25]) Dohna, Rechtsw., S. 48, 54 ff.

[26]) Gegen diese Benennung Jung, Arch. z. Pr. Bd. 118, S. 13: Auch das positive Recht ist richtiges Recht.

[27]) Dohna, Rechtswidrigkeit, S. 70.

fragen, ob die subjektiven Zwecke — im Gegensatz zu den als real gedachten Zwecken — sich im Hinblick auf die Norm als angemessen darstellen, wobei die Frage nach der Angemessenheit lediglich auf Grund allgemeiner Gesichtspunkte zu beantworten ist, ohne daß insoweit den Gedankengängen des positiven Rechts die Bedeutung einer Richtschnur zukomme. Welche Zwecke als „richtig" anzusprechen sind, soll dagegen aus der Interpretation der einzelnen Bestimmungen der Rechtsordnung entnommen werden.

Dohna verkennt nicht, daß nach seiner Lehre theoretisch wohl die Möglichkeit gegeben sei, daß die einzelne Norm nicht dem aufgestellten Formalprinzip entspreche. Er begnügt sich jedoch mit der Erwägung, daß der Gesetzgeber, der zwar die Macht habe, Unrecht zu sanktionieren, dies jedenfalls nicht tun werde. Deshalb könne bis zum Beweis des Gegenteils auch unbedenklich angenommen werden, daß die von ihm aufgestellte Norm im Sinne des gefundenen Prinzips „richtiges Recht" sei [28]).

Im Ergebnis seiner Beweisführung sieht Dohna die Rechtswidrigkeit in dem Widerspruch zur Idee des Rechts, der Maxime für richtiges Verhalten. Ein Verhalten, das solchen Widerspruch in sich trage, könne nicht als rechtes Mittel zu rechtem Zweck gedacht werden [29]). Da außerdem der gesetzliche Tatbestand erfüllt sein muß, erweist sich als rechtswidrig „ein Verhalten, welches die spezifischen Tatumstände eines gesetzlich bestimmten Delikts aufweist und in dieser Lage unrichtig ist" [30]).

Es ist zuzugeben, daß die letzten Folgerungen Dohnas sich im Einklang mit den sie begründenden Gedankengängen halten. Jedoch erscheint es höchst bedenklich, wenn die Gültigkeit seiner Maxime davon abhängig ist, der Gesetzgeber werde seine Machtstellung als Schöpfer der Rechtsregel nicht mißbrauchen. Es soll nicht versucht werden, hier den Nachweis zu führen, daß der Gesetzgeber entgegen der Erwartung Dohnas auch schon unrichtiges Recht sanktioniert hat. Es mag der Hinweis genügen, daß der Gesetzgeber, zumal wenn die Gesetzgebungsgewalt in der Hand einer einzelnen Person oder nur weniger Personen liegt, wie es nach unserer Verfassung möglich ist, jederzeit solches Unrecht zur Geltung bringen kann. Die gegenwärtige Zeit vollends läßt das Kriterium der Lehre vom rechten Mittel zu rechtem Zweck nicht als brauchbare Handhabe erscheinen. Die Beratungen im Strafrechtsausschuß haben gezeigt, daß für eine Reihe von Delikten bei der großen Gegensätzlichkeit und Spaltung der weltanschaulichen Grundlagen des Empfindens weiter Kreise nicht mit Sicherheit gesagt werden kann, ob einzelne Normen unseres Strafrechts heute noch „richtiges" Recht sind. (§§ 218, 175 StGB.)

Ein weiteres Bedenken gegen die Tauglichkeit der formalen Maxime ist aus der Abstraktheit des entscheidenden Begriffes herzuleiten. Bei Anwendung dieses abstrakten Begriffes der Richtigkeit durch den Richter, der doch selbst als

[28]) Dohna, a. a. O., S. 51, 52.
[29]) Dohna, a. a. O., S. 52, 53.
[30]) Dohna, a. a. O., S. 54.

keineswegs abstrakte Größe mit individuell differenzierter Psyche und verschiedenem Intellekt ausgestattet ist, muß es zweifelhaft erscheinen, ob das Ergebnis auch entsprechend den Gesichtspunkten des Gesetzgebers ausfällt. Der „konstante Faktor" Dohnas ist zu weit vom positiven Recht entfernt, dessen Auslegung und nötigenfalls Ergänzung die Grenzen zulässiger Rechtsanwendung bilden. Aus Gründen der Rechtssicherheit [31]) ist es also untragbar, wenn an Stelle eines im Gesetz zum Ausdruck gebrachten Willens des Gesetzgebers das vom Richter ermittelte „richtige Recht" eingesetzt wird. Die Gefahr erweist sich umso größer, als es hier Aufgabe des Richters ist, auf metajuristischem Gebiet „eine absolute Wertung" vorzunehmen, „für die in Ansehung der mannigfachen Stellungnahme des Gesetzgebers kein freier Raum mehr ist" [32]).

Obwohl hiernach dem von Dohna gefundenen Ergebnis nicht zugestimmt werden kann, darf der von ihm erzielte Fortschritt auf dem Wege zur Erkenntnis vom Wesen der Rechtswidrigkeit nicht unterschätzt werden [33]). Die sogenannte formelle Rechtswidrigkeit hat auf den ersten Blick den Vorzug mechanischer — d. h. wertfreier und deshalb nicht die Gefahr subjektiver Fehlurteile bergender —Anwendung. Wie oben dargelegt wurde, versagt sie aber gegenüber der lückenhaften und kasuistischen Regelung der Rechtsfertigungsgründe durch das positive Recht. Solche Lücken zu schließen und die Kasuistik durch einen allgemeinen Grundsatz zu unterbauen, ist das richtige Ziel der Untersuchungen Dohnas [34]). Jedoch darf dieser allgemeine Grundsatz aus Gründen der Rechtssicherheit nur dem Recht selbst [35]) entnommen werden.

Auch Sauer geht von der Idee des Strafrechtes aus, dessen Ziel es sei, Ordnung im Gemeinschaftsleben zu gewährleisten und damit den Interessen des Staates und der Einzelnen Schutz zu verleihen. Im Hinblick auf diese Interessen sei das Verhalten des Einzelnen im Strafrecht von Bedeutung. Demzufolge komme es darauf an, ob das im einzelnen Falle zu beurteilende Verhalten gemessen an den Interessen des Staates oder des Einzelnen nützlich oder schädlich sei. Der Wert oder Unwert eines Verhaltens bestimme sich aus seinem Verhältnis zur Gemeinschaft, der „Mehrheit von Personen, die durch gleichförmige, in Wechselwirkung untereinander stehende Interessen (Wertbestrebungen, Werttendenzen) verbunden sind" [36]). Diese Bestrebungen der ein-

---

[31]) Vgl. hierzu auch von Liszt-Schmidt, § 32, Anm. 6.

[32]) Heinitz, S. 64.

[33]) von Liszt-Schmidt, a. a. O.

[34]) Hierin übereinstimmend Hegler, ZStrW., Bd. 36, S. 19; Kohlrausch, ZStrW., Bd. 25, S. 656; M. E. Mayer, Rechtsnormen und Kulturnormen, S. 13, 57, 177; Mezger, Sein und Sollen; GS., Bd. 89, S. 207 ff.; Sauer, ZStrW.., Bd. 33, S. 785; Wegner, ZStrW., Bd. 44, S. 683, Krim. Unrecht . . . S. 46 ff.

[35]) Vgl. von Liszt-Schmidt, a. a. O.; Fischer, S. 110, 112; Trappenberg-Scheurel, S. 34.

[36]) Sauer, Grundlagen des Strafrechts, S. 259.

zelnen Glieder der Gemeinschaft zu überwachen, ist die Aufgabe des Rechts. Entscheidend für die Frage, ob ein Verhalten rechtmäßig ist oder nicht, sei also dessen Tendenz. Ob diese mit den Zielen der Gemeinschaft im Einklang stehe, müsse rein objektiv nach dem realen generellen Zweck beurteilt werden, der dem Verhalten des Täters innewohne. Die innere Stellung des Täters zur Tat, zu seinem äußeren Verhalten, dürfe das Wertungsverfahren nicht beeinflussen, da der Zweck der Rechtsordnung sich darin erschöpfe, äußeren Rechtsfrieden zwischen den Rechtsgenossen zu schaffen, und nicht etwa darüber hinaus noch den Anspruch erhebe, die Gesinnung der Rechtsgenossen einer Regelung zu unterwerfen. Der Staat müsse froh sein, wenn der Einzelne Leistungen vollbringe, die objektiv betrachtet der Tendenz der staatlichen Zwecke entgegenkomme, gleichgültig von welchen Gedanken die erfreuliche Leistung begleitet werde, zumal sich die Gesinnung auch praktisch in den seltensten Fällen einwandfrei feststellen lasse [37]. Entscheidend ist danach für Sauer der Erfolg [38], allerdings mit der Einschränkung, daß nur der normale, dem Verhalten kausale Erfolg der Wertentscheidung zu Grunde gelegt werden darf. Allerdings müsse ein Erfolg außer Betracht bleiben, der sich zufällig aus dem Verhalten des Täters ergebe. Denn „Wertungsobjekt seiner Art nach ist das menschliche Verhalten“, dessen Gehalt ein Werten des Täters im Hinblick auf einen bestimmten Erfolg ist [39]. Maßgebend sei also nur, ob der Täter bei seiner Willensentscheidung den Weg eingeschlagen habe, der objektiv in der Richtung der Staatszwecke liege und normalerweise einen dementsprechenden Erfolg zeitige. Lege man so den allgemeingültigen Maßstab an das der Beurteilung unterfallende Verhalten an, so seien „ideeller Erfolg und reeller Zweck“ in ihrer Verbundenheit „das spezialisierte Wertungsobjekt“ [40]. Als Lösung des Erkenntnisproblems findet Sauer den Satz: „Rechtswidrig ist ein Verhalten, das nach seiner allgemeinen Tendenz dem Staate und seinen Gliedern mehr schadet als nützt“ [41].

Die weitere Untersuchung Sauers beschäftigt sich mit der Frage, wieweit dieser Satz für Gesetzgebung und Rechtsanwendung als tauglich und bindend anzuerkennen sei [42]. Die Antwort wird dahin gegeben, daß die praktische Verwendbarkeit des gefundenen Unrechtsbegriffs wegen der allgemeinen und abstrakten Fassung nicht überschätzt werden dürfe. Jedenfalls aber dürfe behauptet werden, daß alle Tätigkeit bei Gesetzgebung und Rechtsanwendung von einem ungeschriebenen, übergeordneten Grundsatz in der dargelegten Tendenz geleitet sei. Der Aufgabe des Gesetzgebers sei es eigen, vor Festsetzung vieler Rechtssätze alle möglichen Interessen gegeneinander abzuwägen.

---

37) Sauer, a. a. O., S. 348.
38) Sauer, a. a. O., S. 282.
39) Sauer, a. a. O.
40) Sauer, a. a. O., S. 289.
41) S. 286.
42) S. 233.

Ebenso bedürfe der Richter einer allgemeinen Richtschnur bei Auslegung von Wertungsbegriffen wie „unbefugt“, „berechtigt“ und dergl. Häufig trete auch die Notwendigkeit an den Richter heran, die Bedeutung eines Rechtssatzes gegen die wörtliche Gestaltung einzuschränken. Bei Begründung der einengenden Auslegung werde dann der Wertungsgrundsatz mindestens latent wirksam sein. Ein weiteres Anwendungsbedürfnis sei mit den Lücken und Widersprüchen gegeben, die bei der Unvollkommenheit auch der sorgsamsten Gesetzesformulierungen niemals vollkommen ausgeschlossen werden könnten. Die Brauchbarkeit des von Sauer gefundenen Grundsatzes ist somit für die Fälle anzuerkennen, in denen das positive Recht versagt. Für diese Fälle will Sauer auch den Richter an den materiellen Unrechtsbegriff gebunden wissen, während die Bindung des Gesetzgebers nur die Bedeutung einer regulativen Idee habe [43]).

Danach ist zunächst stets von der gesetzlichen Regelung auszugehen. Die Rechtswidrigkeit haftet zwar nicht für jeden konkreten Fall dem gesetzlichen Tatbestand an. Dieser sei aber „vertypte Rechtswidrigkeit“ und stelle in dieser Typisierung das Bindeglied zwischen dem materiellen Unrechtsbegriff und dem konkreten Sachverhalt dar, was sich deutlich zeige, wenn man versuche, den abstrakten Begriff zu konkretisieren und den Lebenstatbestand zu abstrahieren. Die Typisierung des gesetzlichen Tatbestandes, d. h. die Entkleidung von konkreten Merkmalen, habe zur Folge, daß die Summe der Tatbestände sich nicht mit dem Umfang der Rechtswidrigkeit decke, und demgemäß Fälle denkbar seien, in denen die vertypte Rechtswidrigkeit nicht mehr zwischen konkretem Sachverhalt und dem materiellen Unrechtsbegriff stehe. Von einer Ausnahme könne deshalb hier nicht die Rede sein, da die Regel, die mit der Vertypung gegebene Rechtswidrigkeit, nicht vorliege [44]).

Die vom Gesetzgeber ebenfalls in Typen ausgestalteten Rechtfertigungsgründe faßt Sauer in ein System von 3 Gruppen zusammen [45]):

1.) Fälle mit ausdrücklicher Erlaubnis oder Gebot der tatbestandsmäßigen Handlung (Notwehr, Amtspflicht usw.),
2.) Fälle, in denen das Gesetz selbst auf Interessenabwägung verweise (Wahrung berechtigter Interessen, Notrecht),
3.) Fälle, in denen das Gesetz bisher mit jeder Regelung zurückgehalten hat.

In den zuletzt genannten Fällen, wozu nach Sauer auch der ärztliche Eingriff und das Gebiet der sogenannten Einwilligung des Verletzten gehören, ist das vollständige Schweigen des Gesetzes nicht als indizierte Rechtswidrigkeit zu würdigen. Wegen der Schwierigkeit der Abgrenzung hat der Gesetzgeber mit seiner Stellungnahme zurückgehalten [46]).

---

[43]) Sauer, a. a. O., S. 388 ff.
[44]) Sauer, a. a. O., S. 307 ff.
[45]) Sauer, a. a. O., S. 320 ff.
[46]) So auch Endemann, Zivil-Courage und Strafrecht, S. 63.

Mit Sauer und Dohna stimmen eine Reihe namhafter Schriftsteller [47]) darin überein, daß die Frage nach der Rechtswidrigkeit eines Verhaltens nicht schon mit der Tatbestandsmäßigkeit bejaht werden dürfe, daß vielmehr die Grenzlinie zwischen Recht und Unrecht nur mit Hilfe einer übergeordneten, auf das Ganze der Rechtsordnung gerichteten Betrachtungsweise gezogen werden könne. Im einzelnen ist der materielle Gehalt des Unrechts mehr oder weniger abweichend von Sauer bestimmt worden, je nach Ausgangspunkt und Weg der Untersuchung.

Wie Mezger [48]) darlegt, sind zwei Wege gangbar. Entweder versucht man „in einfacher oder kritischer Weise durch Bezugnahme auf den eigenen subjektiven Bewußtseinsinhalt ein rechtliches Sollen zu begründen" oder man geht objektiv betrachtend vor, um „den Rechtsfertigungsgrund in objektiven Gegebenheiten zu suchen, sei es in solchen geschichtlich-kultureller Art, sei es in solchen des materiellen Daseins, sei es endlich in solchen des gesamten Naturablaufs." Mezger selbst geht im Gegensatz zu Sauer, der eine rein objektive Betrachtungsweise vorzieht, vom eigenen Bewußtseinsinhalt aus und kommt ebenfalls zur Frage nach dem Zweck des Rechts, indem er als obersten außerhalb des Rechtslebens liegenden Zweck des Rechts die Lebenserhaltung und Entwicklung der Gemeinschaft findet, wonach der Betrachtende unter Einsetzung des eigenen Bewußtseinsinhaltes streben müsse [49]). Die Funktion des Rechts wird von Mezger als Interessenschutz gekennzeichnet. Dementsprechend erweist sich als Endziel des Rechts das Streben nach dem „kompossiblen Maximum der Interessenbefriedigung" [50]). Bei Beurteilung eines Verhaltens kommt es deshalb darauf an, ob es diesem Ziele zustrebt. Läßt sich eine solche Richtung des Verhaltens feststellen, so ist dieses nicht als rechtswidrig anzusehen. Der Tatbestand als Ausdruck „speziell typisierten Unrechts" [51]) ist allerdings für die Feststellung der Rechtswidrigkeit nicht ohne jede Bedeutung. Die Unrechtsbestimmung erfolgt jedoch mit dem Vorbehalt besonderen Unrechtsausschlusses im Einzelfalle, so daß der Tatbestand für die Erkenntnis der Rechtswidrigkeit nur den beschränkten Wert einer Prima — facie — Bestimmung habe [52]). Der Tatbestand erscheint als Ausstrahlung der Rechtswidrigkeit. Erweist ein im Gesetz positiv nicht nachweisbarer Rechtfertigungsgrund seine „generelle" Eignung „zur Maximierung der Interessenbefriedigung", so steht seiner Anwendung als unmittelbar geltendes Recht nichts

---

[47]) Vgl. von Liszt-Schmidt, § 32, Anm. 5; Heinitz, a. a. O.; Hegler, ZStrW., Bd. 36, S. 19; Kohlrausch; M. E. Mayer; Mezger u. a.

[48]) Mezger, Sein und Sollen, bes. S. 33 ff.

[49]) Mezger, Sein und Sollen, S. 106.

[50]) Mezger, GS., Bd. 89, S. 249.

[51]) Mezger, der Sinn der strafrechtlichen Tatbestände, S. 191.

[52]) Mezger, a. a. O., S. 191, 195.

entgegen. Die Geltung des Rechtfertigungsgrundes erklärt sich dahin, daß entweder das zu schützende Interesse fehlt oder sich einem höheren Interesse unterordnen muß[53]).

Hiermit kommt Mezger dem oben verzeichneten Ergebnis der Lehre von Sauer sehr nahe, weicht aber bei der Anwendung seiner Auffassung im einzelnen Falle wieder von Sauer insofern ab, als er in weitgehendem Maße die subjektive Einstellung[54]) des Täters berücksichtigt wissen will. Nur wenn der Wille des Täters mit dem aus seinem Verhalten zu entnehmenden objektiven Bestreben nach Maximierung der Interessen gleichgerichtet sei, bleibe für das rechtliche Unwerturteil kein Raum mehr[55]).

Obwohl die hier kurz wiedergegebenen Untersuchungen von Sauer und Mezger und auch die Arbeiten der im Ergebnis nahestehenden Schriftsteller zu abschließenden Ergebnissen nicht geführt haben, wie von Liszt-Schmidt[56]) bemerkt, haben sie mit Recht Anerkennung gefunden. Auf rein formalem Wege unter Zugrundelegung des gesetzlichen Tatbestandes sind Recht und Unrecht nicht voneinander zu scheiden. Die Regelwidrigkeit ist an sich noch nicht Unrecht[57]). Der Gesetzgeber hat bewußt von einer Erklärung des Begriffs der Rechtswidrigkeit abgesehen und die Behandlung dieser — weil einer gesetzlichen Regelung nicht fähigen — Frage der Rechtslehre überlassen. Mögen sich auch bei der erkenntnistheoretischen Untersuchung über das Wesen der Rechtswidrigkeit teilweise positive Ergebnisse erzielen lassen, einer Lösung im Sinne eines klaren Begriffs, der sich allgemeine Anerkennung zu sichern vermag, wird das Problem aber nicht entgegengeführt werden können.

Handelt es sich für die vorliegende Arbeit auch nicht um den Versuch einer Gesamtlösung, so erweist sich doch die Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit als richtunggebend für die Behandlung der Frage, ob der eigenmächtig eingreifende Arzt widerrechtlich handelt.

Bei der Beurteilung eines konkreten Sachverhaltes ist von der gesetzlichen Regelung auszugehen und nach Rechtfertigungsgründen Umschau zu halten, die allerdings nicht expressis verbis aus dem Gesetz entnehmbar zu sein brauchen. Auch aus dem Gesamtinhalt der Rechtsordnung können sich Rechtfertigungsgründe ergeben[58]). Die gesetzliche Regelung der Rechtfertigungsgründe auch in diesem weiteren Sinne ist aber äußerst lückenhaft[59]). Die

---

[53]) Vgl. ähnlich u. a. Heinitz, S. 118. (Prinzip des mangelnden und überwiegenden Interesses.)

[54]) Hierin mit Dohna übereinstimmend. Vgl. Dohna, S. 99.

[55]) Auf die nähere Begründung dieser Auffassung kann hier nicht eingegangen werden. Vgl. Mezger, GS., Bd. 89, S. 207 ff.

[56]) von Liszt-Schmidt, § 32, Anm. 5.

[57]) Jung, Arch. z. Pr., Bd. 118, S. 27.

[58]) So Frank III vor 4. Abschn. und einleitende Bestimmungen I; auch RGStr., Bd. 61, S. 263.

[59]) Vgl. von Liszt-Schmidt, § 32, Anm. 5; Binding, Lehrbuch I, S. 55; Hegler, ZStrW., Bd. 36, S. 23.

Lückenhaftigkeit der gesetzlich anerkannten Rechtfertigungsgründe ist, wie Heinitz[60]) bemerkt, die Ursache der Untersuchungen über den materiellen Gehalt des Unrechts. Wo sich im Einzelfalle eine solche Lücke ergibt, kann die Lösung nur „unter Heranziehung der allgemeinen Unrechtslehre“[61]) gefunden werden. In diesen Fällen tritt das Versagen der positivistisch eingestellten Lehre deutlich hervor. Um zu einem befriedigenden Ergebnis zu gelangen, wird es dann doch auch von den Positivisten nicht verschmäht, auf Erwägungen zurückzugreifen, die tatsächlich jenseits der Rechtsordnung liegen. Man besinnt sich auf den tieferen Gehalt des Unrechts, ohne sich dieses eingestehen zu wollen. Die juristische Dialektik mag ein solches Vorgehen wohl verschleiern, wie es denn eine allgemeine Erfahrung ist, daß beim Versagen des positiven Rechts die tatsächlich ausschlaggebenden Zweckerwägungen gern in der Maske positivrechtlicher Herleitung auftreten[62]), so daß man gegenüber solchem Verfahren von der Fiktion der Gesetzmäßigkeit sprechen kann.

Allein der materielle Unrechtsbegriff kann erklären, weshalb in der von Sauer bezeichneten dritten Gruppe von Rechtfertigungsgründen[63]) das rechtliche Unwerturteil ausbleibt. Nur in diesen zweifelhaftesten Fällen, wohin Sauer auch den ärztlichen Eingriff und die Einwilligung des Verletzten rechnet, ist der Richter darauf angewiesen, auf das Wesen der Rechtswidrigkeit zurückzugehen. Jedoch darf auch hier der Richter seinen eigenen Anschauungen über den Zweck des Gemeinschaftslebens nicht freien Lauf lassen. Gibt auch das Gesetz keinen ausgesprochenen Hinweis auf einen Rechtfertigungsgrund, so werden sich stets irgendwelche Anhaltspunkte aus dem Gesetz dafür ergeben, welche Zwecke der Staat billigt und fördert, was er für nützlich oder schädlich hält. Es ist also im Einzelfalle die Rechtsordnung nach den hier zum Ausdruck kommenden Wertungen des Staates zu durchforschen. Besonders schwierig gestaltet sich die Aufgabe, wenn in einer Handlung verschiedene rechtlich geschützte oder anerkannte Interessen dergestalt in Berührung kommen, daß Vorteil und Nutzen auf der einen Seite einer Verletzung auf der anderen Seite gegenübertreten. Es bedarf dann sorgfältiger Abwägung an Hand der gesetzlichen Wertung, welches Interesse geringer zu veranschlagen und deshalb zu Gunsten des höherwertigen aufzuopfern ist[64]). Dergestalt ist der Richter auch hier an die Rechtsordnung gebunden.

Nur wenn die aus dem Gesetz abgeleiteten Anhaltspunkte für die Abwägung „nicht so bestimmt und zweifelsfrei sprechen, daß ein außerhalb der überlieferten Regeln — praeter legem — gefundener Spruch eine begründete Erwartung des Gegenübers enttäuschen und so diesem gegenüber eine Härte

---

[60]) Heinitz, a. a. O., S. 108.
[61]) Wegner, Krim. Unrecht . . . S. 58.
[62]) Vgl. hierzu Jung, Arch. f. Ziv. Prax., Bd. 118, S. 1 und 25, 45 ff.
[63]) Vgl. oben, S. 14.
[64]) Vgl. von Liszt-Schmidt, § 32, Anm. 2.

und Unbilligkeit bedeuten würde"[65]), liegt eine echte Gesetzeslücke vor, die der Richter durch ausschließlichen Rückgriff auf seinen eigenen Bewußtseinsinhalt, auf sein sittliches Empfinden, auf das Rechtsgewissen auszufüllen hat[66]).

Mit Hilfe dieser Grundsätze zu der Frage des eigenmächtigen Eingriffs Stellung zu nehmen, ist die Aufgabe des besonderen Teiles.

---

[65]) Jung, a. a. O., S. 112.

[66]) Jung, a. a. O., S. 1 ff., 30 ff., besonders S. 111 ff., 139; auch Jung, Bürgerliches Recht, S. 465.

II. Besonderer Teil.

Die Rechtfertigung des eigenmächtigen ärztlichen Eingriffs.

A) Der ärztliche Eingriff unter Ausschluß der Tätigkeit des Arztes bei der Rettung des Selbstmörders.

1.) Die Einwilligung.

Hält man sich vor Augen, daß der Begriff der Widerrechtlichkeit weder durch das Gesetz, noch durch die eingehende Behandlung im Schrifttum einigermaßen klar bestimmt worden ist, so ist es ohne weiteres verständlich, daß entsprechend den mehr oder weniger voneinander abweichenden Lehrmeinungen die Auffassungen auch über die Frage der Widerrechtlichkeit des ärztlichen Eingriffs bei dem völligen Schweigen des Gesetzes nach Ausgangspunkt, Weg und Ziel auseinandergehen.

Lediglich über den Fall, in dem der Arzt den Eingriff mit der Einwilligung des Kranken vornimmt, besteht Einigkeit dahin, daß von einem widerrechtlichen Verhalten des Arztes nicht die Rede sein kann. Obwohl es die vorliegende Arbeit sich zur Aufgabe gesetzt hat, den eigenmächtigen, ohne Einwilligung erfolgenden Eingriff zu behandeln, wird von der Bedeutung des mit Einwilligung vorgenommenen Eingriffs auszugehen sein, da die Anerkennung der Einwilligung als Rechtsfertigungsgrund für die Frage der Beurteilung des eigenmächtigen Eingriffs grundlegend ist. Erst mit der Feststellung der Voraussetzungen der Einwilligung ergibt sich das Gebiet, in dem der Eingriff als eigenmächtig zu bezeichnen ist. Auch darüber hinaus sind die Gründe, die für Anerkennung der Einwilligung sprechen, von Bedeutung für die Stellungnahme zu den verschiedenen Versuchen, den eigenmächtigen Eingriff in bestimmten Grenzen von dem Vorwurf der Widerrechtlichkeit zu befreien. Zudem weist die Auffassung, die mutmaßliche Einwilligung beseitige die Widerrechtlichkeit, schon im Ausdruck auf die Einwilligung hin [1]).

---

[1]) Auf den ersten Blick mag es widerspruchsvoll anmuten, wenn in der Einleitung eine Beurteilung als klar und feststehend vorweggenommen wird, um sie dann im Hauptteil dennoch einer Prüfung zu unterwerfen. Dieses Verfahren ist jedoch nicht ohne Grund eingeschlagen worden. Es wäre zwar durchaus

Ist also zu der Frage Stellung zu nehmen, welche Bedeutung es für die zivilrechtliche Beurteilung des ärztlichen Eingriffs hat, wenn dieser mit der Einwilligung des Patienten vorgenommen wird, so liegt es nahe, die bei der strafrechtlichen Behandlung des Einwilligungsproblems gewonnenen Erkenntnisse zur Lösung der Frage heranzuziehen. Es wird eines kurzen Hinweises bedürfen, aus welchem Grunde dieses Verfahren angängig ist. Die zivilrechtliche unerlaubte Handlung und das strafrechtliche Delikt sind nahe miteinander verwandt. Beide Begriffe wurzeln insofern in demselben Boden, als alles Recht, Privatrecht und öffentliches Recht, soziale Lebensordnung bedeuten. Beiden, der unerlaubten Handlung wie dem strafrechtlichen Delikt, ist die Nichtachtung der Gesellschaftsordnung gemeinsam. Sie fallen deshalb beide unter den gleichen Gattungsbegriff des Unrechts [2]). Interessenschutz ist Zweck und Sinn des Rechts. Diesem Zweck streben die verschiedenen Rechtsteile zu, indem sie an das Unrecht verschiedene Folgen anknüpfen. Das Strafrecht betrachtet die Interessenverletzung mehr vom Standpunkt der Volksgemeinschaft aus, während das Privatrecht seinen Blick auf die Folgen richtet, die das Unrecht unmittelbar für den einzelnen Rechtsgenossen auslöst. Das Strafrecht ahndet das geschehene Unrecht. Das Privatrecht will das Gleichgewicht in dem gestörten Interessenkreis wieder herstellen und auch Störungen vorbeugen (Unterlassungsklage), welch letzterem Zweck mittelbar auch das Strafrecht durch die Androhung des Strafübels dient. Endziel des Zivilrechts ist der wirtschaftliche Ausgleich für den Einzelnen, während das Strafrecht den Rechtsfrieden in der sozialen Gemeinschaft und insbesondere gegenüber dem verletzten Rechtsgenossen herzustellen sucht. Beide Rechtsteile setzen für die ihnen eigne Reaktion geschehenes Unrecht voraus. Dieses hat nur insofern einen verschiedenen Gehalt, als das Strafrecht im Gegensatz zum bloß zivilen Unrecht eine so schwere Interessenverletzung verlangt, daß die bloße vermögensrechtliche Ausgleichung nicht ausreicht zur Beruhigung des Verletzten. Was die Frage des Unrechts angeht, kann man also verallgemeinern, und den Unterschied im Grade, in der Schwere des Unrechts finden. Setzt aber Strafrecht ein Unrecht schwereren Gewichts voraus, so liegt der Gedanke nahe, bei der zivilrechtlichen Beurteilung die Einwilligung des Berechtigten in die Rechtsverletzung umsomehr zu berücksichtigen, als sogar das Strafrecht in der Einwilligung einen Grund sieht, die Folgen des hier schwereren Unrechts abzuwenden.

angängig gewesen, durch eine weitere Fassung des Themas auch den mit Einwilligung erfolgenden Eingriff zum Gegenstand der Untersuchung zu machen. Es besteht aber kein Streit darüber, daß der eingreifende Arzt beim Vorliegen der Einwilligung nicht widerrechtlich handelt, wenn es auch nicht allenthalben anerkannt ist, daß die Widerrechtlichkeit gerade *wegen* der Einwilligung entfällt. Im praktischen Ergebnis besteht im wesentlichen Übereinstimmung. Dagegen herrscht weithin Streit über die Frage, wie und in welchen Grenzen der eigenmächtige Eingriff rechtmäßig ist. Es erschien daher zweckmäßig, schon im Thema die Fragestellung hervorzuheben, deren Lösung ein unabweisbares Bedürfnis der praktischen Rechtsanwendung ist.

[2]) Vgl. *von Liszt-Schmidt*, § 26 I.

Es ist demnach unbedenklich, zunächst zu fragen, welche Wirkung der Einwilligung für das Gebiet des Strafrechts eingeräumt worden ist. Dieser Weg erweist sich als zweckmäßig, da die Frage der Einwilligung wie das ganze Unrechtsproblem, worauf schon hingewiesen worden ist, vorzugsweise im Strafrecht Behandlung gefunden hat [3]).

Zweifelsfrei ist die Bedeutung der Einwilligung in allen Fällen, in denen der strafrechtliche Tatbestand begrifflich ein Handeln gegen oder ohne den Willen des unmittelbar Betroffenen verlangt, wo also Gewalt oder Nötigung vorausgesetzt wird. Der Tatbestand wird nicht erfüllt, wenn die Einwilligung gegeben ist, so z. B. bei Diebstahl, Raub, Nötigung, Notzucht. Die gleiche Bedeutung hat die Einwilligung bei den Delikten, deren Tatbestand ein unbefugtes Handeln oder ein Handeln ohne Erlaubnis fordert, zum Beispiel Hausfriedensbruch und Verletzung des Briefgeheimnisses. Diese Beispiele zeigen, daß das Gesetz nur denjenigen bestrafen will, der in die im einzelnen geschützten Interessen unbefugt eingegriffen hat.

In den Fällen, wo die Gestaltung des Tatbestandes einen solchen Hinweis nicht gibt, besteht weithin Streit, ob und unter welchen Voraussetzungen die Einwilligug des Betroffenen den Täter vor den im Gesetz angedrohten Folgen bewahrt. Mag man auch den Streit mit Heinitz [4]) als hoffnungslos bezeichnen, so ist doch darüber im allgemeinen Einigkeit erzielt, daß entsprechend der Bedeutung des Rechts als Interessenschutz ein tatbestandsmäßiges Verhalten zu rechtfertigen sei, wenn in Wahrheit ein schutzwürdiges Interesse gar nicht vorliege [5]). Denn die Rechtsordnung kann doch nicht das Bestreben haben, ein Interesse zu schützen, das nach dem Willen des Inhabers nicht vorhanden ist. Diese Erwägung hat bewußt oder unbewußt immer wieder den Anstoß gegeben, nach Anhaltspunkten dafür zu suchen, daß das Gesetz bei der Frage der Rechtswidrigkeit die Einstellung des von der tatbestandsmäßigen Handlung Betroffenen berücksichtigt.

Beschränkt man die Fragestellung auf die Körperverletzung, so können heute drei Hauptmeinungen unterschieden werden. Die eine geht dahin, daß die Einwilligung bei jeder Art von Körperverletzungen die Kraft habe, die Widerrechtlichkeit auszuschließen [6]). Die entgegengesetzte Auffassung, die Einwilligung beseitige niemals die Rechtswidrigkeit einer tatbestandsmäßigen Körperverletzung, wird vom Reichsgericht [7]) — allerdigs nicht völlig

[3]) Vgl. insbesondere die Nachweise bei Heinitz, S. 43 ff.

[4]) Heinitz, a. a. O., S. 42.

[5]) von Liszt-Schmidt, § 35 IV, und die daselbst Anm. 12 Zitierten.

[6]) So Allfeld, S. 345; Binding, Lehrb. I, S. 45; Finger, Lehrb. I, S. 416; Gerland, Dtsch. Strafrecht, S. 367; Heimberger, Strafrecht und Medizin, S. 8 ff.; Hartwig, GS. Bd. 83, S. 27; M. E. Mayer, Lehrb. S. 291, Anm. 15; Olshausen, § 223, Anm. 9; Flügge, S. 94.

[7]) RG. Str., Bd. 2, S. 442; Bd. 6, S. 61; Bd. 55, S. 188; Bd. 24, S. 369; Bd. 25, S. 375; Bd. 28, S. 213; auch von Liszt, Lehrbuch bis zur 20./21. Auflage.

uneingeschränkt — vertreten. Eine weit verbreitete Mittelmeinung will zwischen leichten und schweren Körperverletzungen unterschieden wissen und erkennt der Einwilligung eine unrechtsausschließende Wirkung nur bei leichten Körperverletzungen zu [8]).

Daß die Einwilligung bei Körperverletzungen in allen Fällen die Rechtswidrigkeit ausschließe, wird aus § 216 StGB. hergeleitet. Das Gesetz bestrafe hier die Tötung auf ernstliches Verlangen nicht mit dem Tode, verhänge auch keine Zuchthausstrafe wie beim Totschlag, sondern mildere die Strafdrohung auf Gefängnis nicht unter drei Jahren. Wenn also die Einwilligung schon bei dem schwersten Delikt gegen die körperliche Unversehrheit, der Tötung, ihre Wirksamkeit erweise, so könne sie auch bei der Körperverletzung erst recht nicht unberücksichtigt bleiben. Da nun das Gesetz eine besondere Strafe für die mit Einwilligung des Verletzten erfolgende Körperverletzung nicht ausgeworfen habe, so könne daraus nur der Schluß gezogen werden, daß die Einwilligung hier die Strafdrohung restlos beseitige. Auch auf die — heute allerdings gegenstandslose — Vorschrift des § 142 StGB. wird zur Begründung dieser Auffassung hingewiesen, wonach mit Gefängnis bestraft werde, wer sich von einem anderen mittels Verstümmelung oder auf andere Weise zur Erfüllung der Wehrpflicht untauglich machen lasse. Da hierunter auch schwere Körperverletzungen fielen, wie sie nach §§ 224, 225 StGB. mit Zuchthaus bestraft würde, so müsse angenommen werden, daß die Einwilligung bei jeder Art Körperverletzung die Rechtswidrigkeit ausschließe. Daß § 142 überhaupt die Strafdrohung aufrecht erhalte, sei darauf zurückzuführen, daß neben der Körperverletzung auch ein Angriff auf das staatliche Wehrinteresse vorliege.

Auch die Gegenmeinung beruft sich auf die Vorschrift des § 216 StGB. Der Gedankengang des Reichsgerichts [9]) ist folgender: Die Einwilligung ist nirgends im Gesetz als Rechtfertigungsgrund aufgestellt worden. Lediglich in § 216 hat sie eine Berücksichtigung als Strafmilderungsgrund gefunden. Wenn es also besonderer Anordnung im Gesetz bedurft hat, um der Einwilligung diese beschränkte Wirkung zu sichern, so muß daraus gefolgert werden, daß in allen übrigen Fällen der Einwilligung weder die Bedeutung eines Unrechts — noch eines Strafausschließungsgrundes beigemessen werden kann. Richard Schmidt [10]) wendet sich gegen die Heranziehung des § 142. Bei der Verstümmelung würden kaum jemals die Erfordernisse der schweren Körperverletzung vorliegen, da man, um die Befreiung vom Militärdienst zu erreichen, jedenfalls sich mit leichteren Verstümmelungen begnüge und wohl einen Finger abschneide, niemals aber den Verlust des ganzen Armes oder beispielsweise des Augenlichts

---

[8]) von Bar, Gesetz und Schuld III, S. 59; Ebermayer, Leipz. Komm. § 223, Note 9 a; Schwartz, § 223, Note 5 a, Wachenfeld, S. 317; Merkel, Lehrb. S. 170; Frank, Vorbem. III vor § 51 u. RG. v. 6. 5. 32, JW. 32, S. 2217.

[9]) Vgl. insbes. RG.Str., Bd. 2, S. 243; Bd. 6, S. 61; Bd. 55, S. 188.

[10]) Richard Schmidt, S. 57 ff.

in Kauf nehme. Die zur Befreiung von der Dienstpflicht erfahrungsgemäß vorgenommenen Verstümmelungen seien demzufolge nur leichte Körperverletzungen im Sinne der §§ 223, 223 a. Diesen Bestimmungen gegenüber drohe aber § 142 die schwerere Strafe an. Diese Beweisführung ist jedoch nicht überzeugend. Denn es ist nicht abzusehen, ob jemand, der sich der Militärpflicht entziehen will, nun wirklich auch immer eine Verstümmelung vornimmt oder vornehmen läßt, die nur als leichte Körperverletzung anzusehen ist, weil er von seinem Standpunkt aus Gefahr läuft, den gewünschten Erfolg nicht zu erreichen. Außerdem kann dem nicht beigetreten werden, daß das Abschneiden eines Fingers niemals den Tatbestand der schweren Körperverletzung erfüllt. Mit Recht wird in der Rechtsprechung z. B. angenommen, daß der Daumen ein wichtiges Glied im Sinne des § 224 StGB. ist, da durch den Verlust des Daumens die ganze Hand ihre Gebrauchsfähigkeit einbüßt [11]).

Im übrigen lassen sich aber auch gegen die Auffassung des Reichsgerichts, die Einwilligung beseitige bei der Körperverletzung niemals die Rechtswidrigkeit, Bedenken geltend machen. Man denke an den Fall, daß bei einer Filmszene ein Schauspieler sich Faustschläge versetzen läßt [12]). Soll denn ein solcher Fall, wenn es dem „mißhandelten" [13]) Schauspieler nachträglich einfällt, Strafantrag zu stellen, wirklich das Gericht beschäftigen? Auch müßten bei folgerichtiger Anwendung der reichsgerichtlichen Auffassung die geringfügigsten Hautabschürfungen ungeachtet der Einwilligung rechtswidrig und strafbar sein. Tatsächlich hat das Reichsgericht aber, von der angeführten Entscheidung im zweiten Bande abgesehen, eine klare und grundsätzliche Stellungnahme vermieden [14]). In ständiger Rechtsprechung hat es, wie hervorgehoben werden muß, die Wirksamkeit der Einwilligung bei der Beleidigung, und insbesondere bei der tätlichen Beleidigung, die sich mit der Körperverletzung eng berührt, anerkannt [15]). Hat also das Reichsgericht durch diese Rechtsprechung sebst seine im zweiten Bande geäußerte Auffassung auf schwankenden Boden gezogen, so wird gefolgert werden dürfen, daß der Einwilligung jedenfalls nicht in allen Fällen der Körperverletzung die rechtfertigende Kraft abgesprochen werden darf, will man anders nicht zu unannehmbaren Ergebnissen gelangen. Es ist zwar richtig, daß der § 216 StGB., der bei „ernstlichem Verlangen" des zu Tötenden keinen Ausschluß der Rechtswidrigkeit, sondern nur eine Strafmilderung anerkennt, vom logischen Standpunkt aus sowohl von der einen, als auch von der anderen Auffassung zur Begründung heran-

---

[11]) RG- Recht 1910, S. 65.

[12]) Vgl. Gerland, a. a. O., S. 300, wo weitere Beispiele gegeben sind..

[13]) Durch Einschränkung des Mißhandlungsbegriffes wird hier die richtige Lösung nicht zu erreichen sein. Zu der Frage des Mißhandlungsbegriffes vgl. Hofacker, Rechtswidrigkeit und Kriegsverbrechen 1919, und im ZStrW., Bd. 50, S. 708 ff.

[14]) Köhler, Lehrb., S. 404; M. E. Mayer, Lehrb., S. 290.

[15]) RG. Str., Bd. 51, S. 63 ff.; Bd. 41, S. 392 ff.

gezogen werden kann[16]). Dem Gesetz ist aber, wie die Betrachtung des § 216 zeigt, eine Berücksichtigung des von dem Betroffenen gegenüber der tatbestandsmäßigen Handlung bezeigten Interesses nicht fremd. Wenn weitergehende Schlüsse aus § 216 abgeleitet werden, so läuft ein solches Verfahren auf eine petitio principii hinaus. Denn es wird häufig nicht genügend beachtet, daß der § 216 die Strafmilderung nur unter der Voraussetzung eintreten läßt, daß der Täter „durch das ausdrückliche und ernstliche Verlangen des Getöteten zur Tötung bestimmt worden" ist, das Verlangen des § 216 also als engerer Begriff gegenüber der Einwilligung anzusehen ist.

Auch die historische Methode führt hier nicht zum Ziel. Überaus häufig ist im Schrifttum der Hinweis auf die Rechtsparömie „volenti non fit iniuria" anzutreffen[17]). Die Versuche, die Wirksamkeit der Einwilligung als Rechtfertigungsgrund hierauf stützen zu wollen, sind als höchst anfechtbar zu bezeichnen. Radbruch[18]) spricht nicht zu Unrecht von einer contradictio in adjecto. Denn die geschichtliche Betrachtung ist jedenfalls bedenklich, wenn es sich darum handelt, Werturteile zu begründen, da diese dem Wandel der Zeiten im besonderen Maße unterworfen sind. Überdies war schon im römischen Recht das Anwendungsgebiet des Satzes „volenti non fit iniuria" heftig umstritten[19]). Teils wurde als iniuria nur die Körperverletzung, teils jede Verletzung der Person einschließlich der Angriffe auf Gesundheit und Leben angesehen.

Zu einer Lösung der Frage gelangt man nur auf dem Wege, daß man das Wesen der Rechtswidrigkeit bestimmt. Geht man nach den oben entwickelten Grundsätzen von der Funktion des Rechtes als Interessenschutz aus, so kann die Entscheidung nur für den einzelnen Fall gegeben werden, indem gefragt wird, was für Interessen auf dem Spiel stehen, ob es die privaten Interessen des Einzelnen sind, die der Einwilligende preisgibt, oder ob es daneben oder ausschließlich Interessen der Allgemeinheit sind[20]).

Daß die Einwilligung, wo sie Berücksichtigung zu finden hat, die Rechtswidrigkeit ausschließt, ist nicht zu allen Zeiten unbestritten gewesen. Lediglich darüber hat kein Zweifel bestanden, daß die Einwilligung nicht wirkungslos bleiben kann. Zitelmann weist auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches (erste Lesung, 1888) hin, dessen § 706 bestimmte: Hat der Beschädigte in die beschädigende Handlung eingewilligt, so steht ihm ein Anspruch auf Schadensersatz nicht zu. Diese Vorschrift hat man später fallen lassen, aber

---

[16]) So u. a. Frank, Vorbem. III vor § 51.

[17]) Vgl. die Entscheidung Ulpians in D. 47, 10 de iniur. I 1 § 5: ... quia nulla iniuria est, quae in volentem fiat.

[18]) Radbruch, Grundzüge der Rechtsphilosophie, S. 7.

[19]) Vgl. Näheres bei Hartwig, GS. Bd. 82, S. 302 ff.; vgl. auch Honig, S. 2, und von Liszt-Schmidt, § 35, Note 11.

[20]) Vgl. außer den oben Zitierten auch von Liszt-Schmidt, § 87 III, und das § 35, Note 12, angeführte Schrifttum; auch Voltz Ztschr., Str.W., Bd. 50, S. 370; Mezger, Lehrbuch, S. 208.

nicht, weil man die Einwilligung für bedeutungslos erachtete, sondern weil in der Frage Uneinigkeit herrschte, ob die Einwilligung ein Rechtsgeschäft darstelle und ob sie die Widerrechtlichkeit oder nur die Schadensersatzpflicht ausschließe. Jedenfalls bestand nicht die Absicht, die Einwilligung aus dem bürgerlichen Recht zu beseitigen [21]).

Ferner ist früher die Auffassung vertreten worden, die Einwilligung stehe lediglich dem **Vorsatz** entgegen [22]). Heute kann diese Auffassung als überholt bezeichnet werden. Es ist nicht einzusehen, inwiefern in den Fällen, in denen die Einwilligung des Verletzten vorliegt, der Täter nicht vorsätzlich handeln sollte. Erschießt z. B. der A mit Einwilligung seines Freundes B dessen Hund, so ist er sich vollkommen im klaren über die Umstände, die den Tatbestand der Sachbeschädigung bilden. Im übrigen würde, wenn man in der Einwilligung einen Schuldausschließungsgrund sehen wollte, zu bedenken sein, daß B berechtigt wäre, Notwehr zu üben [23]).

Auch hat man die Einwilligung als einen Strafausschließungsgrund angesehen, der die Rechtswidrigkeit ebenso wie die Schuld unberührt lasse und lediglich hindere, daß der Täter zur Strafe verurteilt werde. Dabei hat man aber übersehen, daß es in Wahrheit nur zwei Arten von Strafausschließungsgründen gibt, die Schuld- und die Unrechtsausschließungsgründe [24]). Stellt aber die Einwilligung, wie dargelegt, keinen Schuldausschließungsgrund dar, so bleibt nur noch Raum für die heute durchweg anerkannte Meinung, daß die Rechtswidrigkeit der Handlung entfällt [25]).

Dementsprechend ist die Einwilligung in den zu Heilzwecken erfolgenden Eingriff für wirksam zu erachten. Denn es unterliegt keinem Zweifel, daß Interessen des Staates dann nicht mehr verletzt werden können, wenn der Patient einwilligt. Das Reichsgericht selbst geht in der angeführten Entscheidung im zweiten Bande davon aus, daß der Staat die Gesundheit des einzelnen Staatsbürgers wegen ihres Wertes für die Allgemeinheit fördere. In dieser Entscheidung kommt das Reichsgericht zu dem Schluß, daß deshalb der Einzelne nicht auf dieses Gut verzichten könne, und infolgedessen der Einwilligung in die Körperverletzung keine Bedeutung beizumessen sei. Aus diesem Gedankengang kann die Wirksamkeit der Einwilligung in den ärztlichen Heileingriff ohne weiteres hergeleitet werden, da der Patient sein Interesse an der Erhaltung der körperlichen Integrität nur preisgibt, um seine Gesundheit zu erhalten, was aber ganz in der Tendenz der vom Staat verfolgten Zwecke liegt. Es wird deshalb zu Unrecht der Rechtsprechung des Reichsgerichts Inkonsequenz vorgeworfen [26]), wenn es in spä-

---

21) Vgl. Protokolle, Bd. 2, S. 578 ff.

22) Breithaupt, S. 24; Boehlau, S. 489 ff.

23) Zitelmann, Arch. f. ziv. Prax., Bd. 99, S. 53.

24) Sauer, Grundlagen . . ., S. 319.

25) Vgl. u. a. Enneccerus, Schuldverhältnisse I, 2, § 452, Anm. 32; RGZ. Bd. 69, S. 433.

26) Vgl. u. a. Löffler, VDB. V, S. 245.

teren Entscheidungen hinsichtlich des ärztlichen Eingriffs[27]) der Einwilligung die Bedeutung eines Rechtfertigungsgrundes zuerkennt.

Ist somit die **Wirkung** der Einwilligung fraglos gestellt, so müssen weiterhin die **Voraussetzungen** der Einwilligung bestimmt werden, um eine Grenzlinie gegenüber dem eigenmächtigen Eingriff ziehen zu können.

Handelte es sich in der vorliegenden Arbeit nur um die Frage der Einwilligung, so würde es zweckmäßig gewesen sein, entsprechend den Grundsätzen, wie sie allgemein für die Anfertigung einer wissenschaftlichen Arbeit gelten, eine Erörterung über den Begriff der Einwilligung an die Spitze der Arbeit zu stellen. Da aber untersucht werden soll, unter welchen Voraussetzungen der eigenmächtige ärztliche Eingriff der Rechtswidrigkeit entkleidet ist, die Arbeit also einen Ausschnitt aus dem Problem der Rechtswidrigkeit darstellt, erschien es zweckmäßig, vorweg die Wirksamkeit der Einwilligung als Rechtfertigungsgrund klarzulegen. Dieser Weg ist auch insbesondere deshalb unbedenklich, weil der Begriff der Einwilligung, gleichgültig, wie dieser bei den zahlreichen insoweit bestehenden Meinungsverschiedenheiten bestimmt wird, die grundsätzliche Beurteilung im Verhältnis zur Frage der Rechtswidrigkeit nicht beeinflußt.

Der Einwilligungsbegriff ist von jeher wie alle mit der Einwilligung zusammenhängenden Fragen heftig umstritten gewesen. Auch nach dem heutigen Stande der Stellungnahme in Wissenschaft und Praxis kann keine Begriffsbestimmung nachgewiesen werden, die als einigermaßen anerkannt bezeichnet werden könnte. Jedoch ist eine grundsätzliche Einigkeit dahin festzustellen, daß allgemein die Willensübereinstimmung mit dem auf ein bestimmtes Verhalten gerichteten Willen eines anderen erfordert wird[28]). Diese Willensübereinstimmung muß — auch insoweit besteht kein Streit — schon v o r[29]) der Verwirklichung des in Aussicht genommenen Verhaltens vorhanden sein. Wollte man nach geschehener Tat noch von Einwilligung sprechen, so würden sich nicht nur Bedenken aus dem hergebrachten Sprachgebrauch insofern ergeben, als dann treffender von Verzeihung die Rede wäre. Vor allem würde es schlechterdings unverständlich sein, wie eine solche Einwilligung die Wirkung haben sollte, nachträglich die Rechtswidrigkeit des getätigten Verhaltens auszuschalten. Für das Strafrecht ist die Anerkennung einer solchen Wirkung völlig unannehmbar, da, wenn einmal alle Voraussetzungen einer strafbaren Handlung vorliegen, die Strafbarkeit nicht dadurch aufgehoben werden kann, daß der Betroffene die Tat billigt. Will er sich

[27]) RG. Str., Bd. 25, S. 375, Bd. 38, S. 34. — Damit übereinstimmend § 293 des Entwurfs der Strafrechtskommission von 1913, von der Einwilligung in Körperverletzungen sogar über den ärztlichen Eingriff hinaus die Wirkung eines Rechtfertigungsgrundes zuerkannt wird. — Wie das RG. neuerdings Bay. ObLG. v. 25. 11. 30 (JW. 1930, S. 2296) in deutlicher Anlehnung an RG. Str., Bd. 25, S. 375.

[28]) Vgl. u. a. H o n i g, S. 139; B i n d i n g, Handbuch I, S. 715; H o l e r, S. 72; K e ß l e r, die Einwilligung, S. 26.

[29]) T r a e g e r, S. 134.

beruhigen und die Tat als unabänderliches Geschehen hinnehmen, so hat er nur in den vom Gesetz besonders zugelassenen Fällen die Möglichkeit, von der Stellung des Strafantrages abzusehen, um so die Strafverfolgung zu verhindern. Liegt kein Antragsdelikt vor, so steht es nicht mehr in der Macht des Verletzten, den Täter vor Strafe zu bewahren. Entsprechendes gilt für das Gebiet der unerlaubten Handlung. Den Charakter der widerrechtlichen Handlung vermag der Geschädigte der schadenzufügenden Handlung nicht hintennach zu nehmen. Lediglich auf den Eintritt der Rechtsfolge kann er Verzicht leisten.

Die der Einwilligung zugrundeliegende Willensübereinstimmung muß nun nicht ausdrücklich abgegeben werden. Fraglich und streitig ist aber, ob ein reiner Willensvorgang genügt, ohne daß dieser nach außen in die Erscheinung tritt. Der seit langem bestehende Streit zwischen Willenserklärungstheorie und Willensrichtungstheorie ist noch nicht entschieden. Der Willensrichtungstheorie wird von der Gegenmeinung u. a. entgegengehalten, daß „das Recht als Regelung des Gemeinschaftslebens sich nur an den in der Außenwelt verwirklichten Willen der Gemeinschaftsglieder halten könne“ [30]). Wenn Honig, von diesem Satz ausgehend, der Ansicht ist, rein innere Vorgänge (nudae cognitiones) seien in der Rechtswelt unbeachtlich, so kann ihm nur insoweit beigetreten werden, als allerdings der bloße Gedanke für sich allein keine Strafe nach sich zieht. Daraus folgt aber nicht, daß bloße gedankliche Vorgänge für die Rechtswelt bedeutungslos wären [31]). Auch hat man der Willensrichtungstheorie gegenüber eingewendet, daß ein innerer Vorgang unberechenbar und im allgemeinen auch unbeweisbar sei [32]). Die hierin liegende Schwierigkeit ist durchaus nicht zu verkennen. Wenn es auch nicht eben erfreulich ist, die praktische Rechtsanwendung zu komplizieren, so würde es befremden müssen, wollte man sich aus Gründen der Bequemlichkeit für eine unbefriedigende Ansicht entscheiden. Denn der oben vertretenen Auffassung, wonach der Wirkungsgrund der Einwilligung in der Interessenpreisgabe zu finden ist, entspricht es, auch nur diese Preisgabe zu fordern, für die es aber allein auf die Einstellung des Berechtigten ankommt. Außerdem ist es gar keine so seltene Erscheinung im Strafrecht, daß innere Vorgänge den Ausschlag geben. Die hiermit verbundene Schwierigkeit kann sich dem Strafrichter bei jedem Delikt entgegenstellen, wo die Strafbarkeit von vorsätzlichem Handeln abhängig ist. Völlig auf subjektivem Gebiet ist auch die Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag zu treffen. Hier wird es deutlich, daß auch nicht Gründe der Rechtssicherheit den Gesetzgeber dazu bewegen konnten, von der Unterscheidung zwischen mehr oder weniger schwerem Unrecht abzusehen. Vielfach erfordert das Gesetz auch eine Absicht, einen Zweck oder eine bestimmte Bewertung auf der Seite des Täters. Es mag ferner an die einhellige Meinung erinnert werden, daß beim Betrug auch eine Täuschung über innere Tatsachen möglich und genügend ist.

---

30) Honig, S. 139, 155 ff.

31) Vgl. dagegen von Weber, S. 49 ff.

32) Gerland, VD., Allgem. Teil, S. 491; dagegen Mezger, GS. Bd. 89, S. 278.

Allein die rein äußerliche Tatsache, daß die Willensrichtung einen erkennbaren Ausdruck gefunden hat, kann der Handlung des Täters nicht den Stempel der Rechtmäßigkeit geben. Hinter dem Interesse, das den Schutz der Rechtsordnung erfährt, steht die persönliche Beziehung des Rechtssubjektes zum Rechtsgut, deren Erhaltung der rechtspolitische Grund ist, durch Strafdrohung im Strafrecht oder durch Festsetzung einer Schadensersatzverpflichtung im bürgerlichen Recht dem Einzelnen Schutz zu gewähren. Es ist deshalb nur erforderlich, daß die maßgebende Willensrichtung vorhanden ist [33]).

Kann nun der Einwilligende jederzeit seine einmal gefaßte Willensrichtung ändern mit dem Ergebnis, daß der Rechtswidrigkeit der Weg wieder freigegeben ist? Nach dem gegenwärtigen Stande der Rechtslehre ist die Frage zu bejahen [34]). Diese Stellungnahme läßt sich ohne weiteres aus dem Gedanken herleiten, daß das Wesen des Rechts Interessenschutz ist. Ist eine Interessenpreisgabe durch die Träger des Rechtsgutes möglich und wirksam, so muß es auch in sein Belieben gestellt sein, seine Verfügungsmacht dadurch auszuüben, daß er nachträglich die Einwilligung widerruft. Selbstverständlich muß der Widerruf erfolgen, bevor die Handlung vorgenommen wird, in die er eingewilligt hatte.

Bevor eine Begriffsbestimmung der Einwilligung gegeben werden kann, bedarf es noch einer Stellungnahme zu der vor allem von Zitelmann vertretenen Meinung, die Einwilligung sei ein Rechtsgeschäft [35]), weshalb die im bürgerlichen Recht für Rechtsgeschäfte gegebenen Regeln Anwendung finden müßten.

Zitelmann geht davon aus, daß das BGB. über die Behandlung der Einwilligung schweigt. Im § 185 handele es sich um einen anderen Tatbestand, nämlich um den Fall, daß die Einwilligung einer Verfügung, die ein anderer über

[33]) So die Anhänger der Willensrichtungstheorie: Mezger, Strafrecht, S. 209; von Liszt-Schmidt, § 35 IV; Mezger, GS. Bd. 89, S. 277 ff.; von Weber, S. 49; Binding, Handbuch I, S. 715; Heilborn, VD., Bes. Teil III, S. 176; Holer, S. 72; Traeger, GS. Bd. 94, S. 135 ff., der aber de lege ferenda Kundbarmachung verlangt; Volk, ZStrW., Band 50, S. 370. — Dagegen die Vertreter der Willenserklärungstheorie: Keßler, GS. Bd. 38, S. 567 ff.; derselbe: Einwilligung 1899, S. 26 ff.; Gerland, a. a. O., S. 490 ff.; Honig, a. a. O., S. 139 ff.; Köhler, a. a. O., S. 401.

[34]) Honig, S. 176; vgl. auch Zitelmann, Arch. z. Pr. 99/46; Köhler, a. a. O., S. 416; Finger, Lehrb. I, S. 414 ff., die einen Widerruf der Einwilligung in Vermögensrechte nicht für zulässig erachten.

[35]) Zitelmann, Arch. f. ziv. Prax., Bd. 99, S. 1 ff.; übereinstimmend Fischer, Rechtsw., S. 271 ff.; Enneccerus, Schuldverhältnisse I, 2, § 432, Anm. 32; Ahrens, S. 25; RGZ., Bd. 69, S. 433 ff.; RG. Warn. 1911, Nr. 398; Planck, § 677, Note 2 a; Franck, bis 14. Auflage. Neuerdings hält Franck nur soweit an der Rechtsgeschäftstheorie fest, als es sich um Interessen handelt, die Gegenstand des privatrechtlichen Verkehrs sind. Vgl. III vor § 51; vgl. auch v. Thur II, 2. § 88.

einem dem Einwilligenden gehörigen Gegenstand trifft, Wirksamkeit verleiht. Dieser Fall könne jedoch eine Ähnlichkeit mit dem Falle der Einwilligung des Verletzten nicht verleugnen [36]). Auch diese Einwilligung sei ein Rechtsgeschäft, wie sich aus dem allgemeingültigen Satz ergebe, „daß im Privatrecht die Person innerhalb gewisser Schranken die Macht hat, ihre Rechtsverhältnisse zu gestalten“ [37]). Demgemäß könne auch nichts dagegen eingewendet werden, daß die Einwilligung ihrem Inhalt nach bezwecke, dem Handelnden ein Recht zum Handeln einzuräumen. Lediglich dieses im Rahmen der Rechtsordnung gewährte Recht werde ausgeübt, und die dementsprechende Handlung könne deshalb nicht rechtswidrig sein [38]).

Diesem Gedankengang stehen aber schwerwiegende Bedenken entgegen. Wäre die hier zu behandelnde Einwilligung ein Rechtsgeschäft, so müßte sie auf die Begründung, Aufhebung oder Änderung eines Rechtsverhältnisses gerichtet sein. Von alledem kann aber nicht die Rede sein. Welches Rechtsverhältnis sollte beispielsweise für den eingreifenden Arzt begründet werden? Ein Recht zur Vornahme des Eingriffs soll doch jedenfalls nicht begründet werden. Denn wollte man die Begründung eines Rechtes bejahen, so würde zwangsläufig der Arzt einen erzwingbaren Anspruch auf Vornahme des Eingriffs haben müssen. Allein diese Konsequenz muß befremden. In engem Zusammenhang damit steht die Frage der Widerruflichkeit, zu der bereits im bejahenden Sinne Stellung genommen worden ist. Wäre die Einwilligung ein Rechtsgeschäft, so müßte der Widerruf ausgeschlossen sein. Zitelmann verkennt nicht, daß die Einwilligung als Rechtsgeschäft auch eine juristische Absicht enthalten muß, meint aber [39]), diese Absicht brauche „keine juristisch ausgeprägte zu sein. Es genügt, wenn sie auf einen gewissen tatsächlichen Erfolg geht, sofern nur der Handelnde diesen Erfolg zugleich als einen rechtlich bedeutsamen, von der Rechtsordnung anerkannten, beabsichtigt“. Hiermit aber verläßt Zitelmann den Boden, auf den er die Einwilligung zu stellen gedenkt. Denn das Rechtsgeschäft richtet sich auf einen rechtlichen Erfolg, der auf Grund der Rechtsordnung eintritt. Bei der Einwilligung ist, wie Zitelmann selbst bemerkt, ein tatsächlicher Erfolg ins Auge gefaßt. Daß es sich um „einen von der Rechtsordnung anerkannten handelt“, ist gerade zu beweisen. Außerdem würde, wenn es ein rechtlich anerkannter Erfolg wäre, auf den sich die Einwilligung richtet, dieses nicht darüber täuschen können, daß das Ziel der Einwilligung nicht ein rechtlicher Erfolg ist, der ohne weiteres als Folge eines bestimmten Tatbestandes eintritt.

Im Grunde überwindet Zitelmann selbst nicht die dargelegten Bedenken. Denn er versucht nachzuweisen, daß letzten Endes bei der Einwilligung des § 185 ebenfalls in den tatsächlichen Erfolg eingewilligt werde. Zitelmann erläutert diese seine Ansicht an Hand folgenden Beispieles: Ein Vater

36) Zitelmann, a. a. O., S. 52.
37) Zitelmann, a. a. O., S. 48.
38) Zitelmann, a. a. O., S. 56.
39) Zitelmann, a. a. O., S. 51.

erlaubt seinem Kinde, einem Bettler ein Stück Brot zu geben. Zitelmann meint, hier werde dem Vater die rechtliche Bedeutung der Erlaubnis nicht zum Bewußtsein kommen. Es ist gewiß nicht zu leugnen, daß bei dem Rechtsgeschäft des § 185 letzten Endes dem das Rechtsgeschäft Vornehmenden ein tatsächlicher Erfolg als Endziel vorschwebt. Als unmittelbarer Erfolg ist aber ein rechtlicher gewollt, wenn dieser rechtliche Durchgangserfolg auch als juristische Tatsache nicht erfaßt wird. Deshalb vermag das angeführte Beispiel auch nicht zu beweisen, was bewiesen werden soll. Es ist wohl nicht zu leugnen, daß in einem solchen Falle der Wille, eine rechtsgeschäftliche Verfügung vorzunehmen, kaum zum Bewußtsein kommt. Und dieses letztere ist bei sehr vielen Geschäftsabschlüssen des täglichen Lebens, die zweifellos Rechtsgeschäfte sind, der Fall; nämlich daß die Parteien nur über das wirtschaftlich-Tatsächliche, nicht aber auch über das Rechtliche klar sind. Nicht einleuchtend ist es aber, daß der rechtsgeschäftliche Wille nicht vorhanden sein sollte. Dieser Wille steht lediglich nicht im Vordergrund, ist aber durch Interpretation zu ermitteln.

Als eine Unzulänglichkeit muß es bezeichnet werden, daß die Vetrreter der Rechtsgeschäftstheorie sich nicht mit den Bedenken auseinandergesetzt haben, die der Behauptung von der rechtsgeschäftlichen Natur der Einwilligung in der Bestimmung des § 216 StGB. entgegentreten. Wer ganz auf dem Boden der Rechtsgeschäftstheorie steht, muß behaupten, daß die Einwilligung nur in den Fällen die Rechtswidrigkeit unberührt läßt, in denen sich die Einwilligung als sittenwidrig darstellt. Die Bestimmung des § 216 verdankt aber ihre Existenz gerade dem sich seit der Aufklärungszeit mehr und mehr durchsetzenden Gedanken, daß der Selbstmord und das freiwillige Ausscheiden aus dem Leben mit Hilfe eines anderen nicht einen so schweren sittlichen Vorwurf gegen den Lebensmüden rechtfertigt, wie man ihn unter dem Einfluß der bis zur Aufklärung vorherrschenden religiösen Betrachtungsweise annahm [40]). Vollends vom Standpunkt der gegenwärtigen sittlichen Anschauungen lassen sich zahlreiche Fälle denken, in denen es völlig unverständlich wäre, wollte man dem Lebensmüden einen Vorwurf machen, weil er das Leben nicht mehr lebenswert findet. Es bedarf hier nur eines Hinweises auf die immer häufiger durch die Zeitungen gehenden Nachrichten von Selbstmorden aus wirtschaftlicher Not. Ist es unsittlich, wenn ein unheilbar Leidender, dem das Leben nur noch ein langsames, von ständigen Schmerzen begleitetes Hinsiechen verbürgt, sich mit dem Gedanken vertraut macht, seine Leiden abzukürzen oder von fremder Hand abkürzen zu lassen? Von einem Verstoß gegen die herrschenden — oder wenigstens gegen die vorherrschenden — Sittenforderungen kann hier nicht die Rede sein. Eine andere Frage ist es, ob vom religiösen Standpunkt aus nicht ein Tragen auch des Schwersten gefordert werden muß.

Zu diesen Gründen, nach denen die Rechtsgeschäftsnatur der Einwilligung abzulehnen ist, kommt noch hinzu, daß die Einwilligung, wenn sie als Rechtsgeschäft zu beurteilen wäre, nur von einem Geschäftsfähigen abgegeben werden

[40]) Vgl. hierzu unten S. 62, 63 ff., 66 ff.

könnte, während nach bürgerlichem Recht ebenso wie nach Strafrecht die volle Deliktsfähigkeit bereits mit Vollendung des 18. Lebensjahres eintritt. Auch das Recht zur Stellung des Strafantrages setzt nicht die Volljährigkeit voraus. Unsere Rechtsordnung läßt also erkennen, daß in aller Regel bereits einem 18jährigen die nötige Urteilsfähigkeit darüber zuzutrauen ist, um beurteilen zu können, welche Bedeutung Verstößen gegen das Strafrecht und Eingriffen in einen fremden Rechtskreis zukommt. Umgekehrt kann daraus wohl ohne Fehlschluß gefolgert werden, daß der Jugendliche, wo er selbst von der Straftat oder der unerlaubten Handlung betroffen wird, ebenfalls über genügend Lebenserfahrung verfügen wird, um sich die Folgen einer Einwilligung klar machen zu können. Denn darüber wird er sich keinem Irrtum hingeben, daß er von demjenigen, dem er die Erlaubnis zur Vornahme einer bestimmten Handlung gibt, für einen infolge dieser Handlung ihm etwa entstehenden Schaden Ersatz nicht verlangen kann. Daß er keine Kenntnis von dem Rechtsgrunde hat, der die Schadensfolge ausschließt, ist unerheblich. Diese Erwägung stellt allerdings, wie nicht übersehen wird, keinen selbständigen Beweisgrund gegenüber der Auffassung von Zitelmann dar. Sie zeigt aber, daß das nach der Rechtsgeschäftstheorie unvermeidliche Ergebnis nicht der Stellungnahme entspricht, wie sie dem Gesetz an mehreren Stellen zu entnehmen ist.

Der Rechtsgeschäftstheorie kann demnach nicht gefolgt werden. Die Einwilligung in eine Rechtsverletzung hat nichts mit der im Privatrecht dem Einzelnen eingeräumten Macht zu tun, Rechtsverhältnisse zu gestalten. Die Wirksamkeit der Einwilligung kann nur aus den letzten Zwecken der Rechtsordnung hergeleitet werden. Wo für private Interessen ein Rechtsschutz nicht beansprucht wird, besteht kein Grund für die Gemeinschaft, die Interessenverletzung durch Strafe oder Schadensersatz zu sühnen. Denn hier greift der von Straf- und Zivilrecht gewährte Schutz ins Leere.

Wenn trotzdem auch von dem hier vertretenen Standpunkt aus die Gültigkeit der Einwilligung davon abhängig gemacht wird, daß die Einwilligung nicht gegen die guten Sitten [41]) verstoßen darf, so wird diese Forderung nicht in Anlehnung an die Vorschriften des BGB. erhoben, sondern auf Grund allgemeinerer Rechtsgrundsätze. Die einzelnen Bestimmungen des BGB., in denen auf die Wahrung der guten Sitten abgestellt wird (§§ 138, 157, 242, 817, 826), sind Ausstrahlungen eines im ganzen Rechtssystem wirksamen Grundgesetzes. Dieses Grundgesetz bekämpft neben dem ausgesprochenen Unrecht, das in den Tatbeständen seine typische Gestaltung erfahren hat, auch ein Verhalten, das mit unseren sittlichen Anschauungen im Widerspruch steht und die sozialschädliche Tendenz ebenso in sich trägt wie das vertypte Unrecht. Damit soll nun nicht behauptet werden, daß es zulässig wäre, außerhalb der im Gesetz geregelten Fälle Rechtsfolgen an dieses sozialschädliche Verhalten anzuknüpfen. Dergleichen würde mehr als freirechtlich und im Strafrecht vollends unmöglich sein.

---

[41]) Vgl. hierzu von Liszt, Deliktsobligationen; von Lilienthal, S. 25 ff.; Traeger, S. 132; RGZ., Bd. 68, S. 308.

(§ 2 StGB.) Aber im Gebiet des Delikts beider Rechtsteile kann der allgemeine Rechtssatz Geltung beanspruchen, wenn es sich um die Frage der Rechtswidrigkeit handelt, denn „was unsittlich im Rechtssinne ist, ist stets widerrechtlich“ [42]). Als Ergebnis ist demnach festzuhalten, daß die Einwilligung ohne Einfluß auf die Widerrechtlichkeit ist, wenn sie einen Verstoß gegen die guten Sitten enthält [43]).

Auf den ärztlichen Eingriff angewendet, läßt sich sagen, daß der Einwilligung regelmäßig [44]) der Wunsch des Patienten zu Grunde liegt, Heilung oder Linderung eines Leidens zu erlangen. Von Sittenwidrigkeit kann dann aber nicht die Rede sein, da der Eingriff dem Patienten dazu verhelfen soll, seine sozialen Aufgaben möglichst ungehindert erfüllen zu können.

Von besonderer Bedeutung für die Frage des ärztlichen Eingriffs ist es, ob man die Einwilligung auf eine bestimmte Handlung oder auf einen Erfolg bezieht, wie ihn der Einwilligende und der Handelnde sich überein-

---

[42]) Fischer, Rechtsw., S. 140.

[43]) Vgl. auch von Tuhr, Bürgerl. Recht II, 2 § 88. von Tuhr, der selbst auf dem Boden mit der Rechtgeschäftstheorie steht, hält es für unbedenklich, die für Rechtsgeschäfte geltenden Regeln analog anzuwenden, wenn man die Rechtsgeschäftsnatur der Einwilligung leugnet.

[44]) Handelt es sich nicht um einen Eingriff zu Heilzwecken, so können der Wirksamkeit der Einwilligung erhebliche Zweifel entgegenstehen, die hier nur angedeutet werden können. Bei Zitelmann (Arch. f. z. Prax., Bd. 99, S. 86) findet der heute nicht mehr seltene Fall Erwähnung, daß in die zeitweilige oder dauernde Sterilisation eingewilligt wird. Zitelmann hält die Einwilligung dann für sittenwidrig, wenn sie lediglich der Befürchtung entspringe, die Deszendenz möge erblich belastet werden. Ob diese Auffassung heute noch uneingeschränkte Zustimmung verdient, muß hier unerörtert bleiben. — Zweifelhaft ist insbesondere auch die Beurteilung des Eingriffs zu experimentellen Zwecken. Grundsätzlich wird hier die Auffassung vertretbar sein, daß die Einwilligung dann nicht anerkannt werden kann, wenn von vornherein die Möglichkeit besteht, daß der Eingriff schwerwiegende Folgen nach sich zieht. Denn dem Einzelnen als Glied der Gemeinschaft kann nicht die Freiheit darüber zugestanden werden, sich für die Erfüllung seiner Verpflichtungen gegenüber seinen Mitmenschen ganz oder teilweise untauglich machen zu lassen. Bei zivilrechtlicher Betrachtung müßte sich der Einwilligende allerdings ein konkurrierendes Verschulden entgegenhalten lassen. — Es sei noch auf einen ähnlich zu beurteilenden Fall hingewiesen, der einer Entscheidung des OLG. Colmar zugrunde liegt. Ein Dentist hatte einer Frau eine Reihe gesunder Zähne gezogen, weil die Frau ein künstliches Gebiß haben wollte. Das OLG. erachtet die Einwilligung für unwirksam, da der Frau von dem Dentisten bedeutet worden war, daß die Zähne gesund seien. (Vgl. Rechtspr. der OLG., Mugdan, 1916, S. 329.) — Im allgemeinen wird man die Einwilligung in Schönheitskorrekturen anerkennen müssen, wenn mit dem Eingriff nicht funktionelle Störungen verbunden sind.

stimmend vorstellen. Von der Entscheidung dieser Frage hängt es ab, ob auch der Arzt durch die Einwilligung gedeckt ist, der das Mißlingen des Eingriffs durch mangelhafte Sorgfalt verschuldet.

Der natürlichen Auffassung und ebenso dem Sprachgebrauch entspricht es, die Einwilligung auf einen bestimmten Erfolg zu beziehen [45]). Es ist allerdings nicht zu verkennen, daß in zahlreichen Fällen, wie Zitelmann zutreffend bemerkt, der günstige vom Patienten gewünschte Erfolg von vornherein zweifelhaft ist und der Eintritt eines schädlichen Erfolges möglich oder gar wahrscheinlich ist. Ist der Patient vom Arzt hierüber aufgeklärt [46]) worden und ist er trotz dieser Möglichkeit mit dem Eingriff einverstanden, so hat er auch in den möglicherweise eintretenden Erfolg eingewilligt [47]). Zitelmann ist der Ansicht, der Patient willige nur unter der Voraussetzung ein, daß der Arzt sorgfältig verfahre. Wenn der Arzt den schädlichen Erfolg fahrlässig verursache, so habe er widerrechtlich gehandelt, da in den fahrlässig herbeigeführten Erfolg nicht eingewilligt worden sei. Vom Standpunkt seiner Lehre aus ist hiergegen ein Einwand nicht zu erheben. Folgt man aber der oben vertretenen Auffassung, daß der Wirkungsgrund der Einwilligung Interessenpreisgabe ist, so beseitigt die Einwilligung in den möglichen oder wahrscheinlichen Erfolg die Widerrechtlichkeit ohne Rücksicht darauf, ob der Arzt fahrlässig verfährt. Man wird auch nicht etwa auf dem Wege zu dem gleichen Ergebnis wie Zitelmann gelangen können, daß man die Einwilligung für sittenwidrig erklärt, da sie Wirksamkeit der Einwilligung allein von den Zwecken abhängig sein kann, die der Einwilligende verfolgt. Der Arzt kann deshalb nur aus dem Vertrag in Anspruch genommen werden.

Bevor eine Begriffsbestimmung der Einwilligung gegeben werden kann, bedarf es noch der Feststellung, von welcher Person die Einwilligung ausgehen muß, um wirksam zu sein. In der Regel kann nur derjenige einwilligen, der von der Handlung unmittelbar betroffen wird, bei dem ärztlichen Eingriff also der Patient selbst. Vorausgesetzt werden muß, daß der Verletzte im Hinblick auf seine geistige und sittliche Entwicklung sich der Bedeutung der Einwilligung als Interessenpreisgabe bewußt ist [48]). Mehr läßt sich generell nicht sagen. Danach ist unter Umständen auch die Einwilligung eines Geisteskranken für wirksam

---

[45]) So auch Zitelmann, a. a. O., S. 87 ff.; von Tuhr, II, § 88. Die Frage ist im Strafrecht bestritten. Honig, S. 171, will zwischen Erfolgs- und schlichten Tätigkeitsdelikten unterschieden wissen, während von Bar, Gesetz und Schuld III, S. 62, und Keßler, S. 26, die Auffassung vertreten, das Objekt der Einwilligung sei ein bestimmtes Verhalten, ohne daß es entscheidend sein könne, welchen Erfolg sich der Einwilligende vorstelle.

[46]) Über die weitgehende Aufklärungspflicht des Arztes vgl. RGZ., Bd. 78, S. 432 ff., u. RG., JW. 1932, S. 3328 ff.

[47]) Zitelmann, a. a. O., S. 89.

[48]) von Liszt-Schmidt, § 35, VI.

zu erachten, wenn dieser nur eine klare Vorstellung über die Bedeutung desjenigen Rechtsgutes hat, in dessen Verletzung er einwilligt [49]).

Besonders zweifelhaft und umstritten ist es, ob die Gültigkeit der Einwilligung von einem bestimmten Mindestalter abhängig zu machen ist. Für die Anhänger der Rechtsgeschäftstheorie bietet die Beantwortung dieser Frage keine Schwierigkeit. Binding [50]) und Keßler [51]) fordern mindestens das vollendete 7. Lebensjahr und beurteilen die Einwilligung eines älteren Kindes nach den Umständen des einzelnen Falles. Meyer-Allfeld [52]) stellt auf die Deliktsfähigkeit ab (§ 1 ff. JGG.), sodaß in der Spanne vom 14. bis zum 18. Lebensjahr das Vorhandensein der nötigen Einsicht entscheidet. Von anderer Seite [53]) wird die Meinung vertreten, daß der Jugendliche mit 18 Jahren befähigt sei, wirksam einzuwilligen, da das Strafgesetzbuch von diesem Zeitpunkt ab ein selbständiges Antragsrecht gewähre. (§ 65 StGB.)

Diese Vorschläge entbehren sämtlich der gesetzlichen Grundlage und lassen sich daher einer so gut wie der andere vertreten. Eine starre allgemeingültige Grenze läßt sich nicht ziehen. Man wird jedoch nicht fehlgreifen, wenn man für die Einwilligung in unerlaubte Handlungen das 18. Lebensjahr als obere Grenze in dem Sinne anspricht, daß jede Person, die dieses Alter erreicht hat, wirksam einzuwilligen vermag. Denn das Gesetz läßt erkennen, daß es von diesem Zeitpunkt ab eine gewisse Reife des Jugendlichen voraussetzt, die ihm die Beurteilung eines Eingriffs in einen fremden Rechtskreis ermöglicht. Umgekehrt kann der 18-Jährige auch den Eingriff eines anderen in seinen Rechtskreis richtig beurteilen. Nicht in allen Fällen wird man aber dieses Alter verlangen können. Z. B. bestehen keine Bedenken, einen 15jährigen Schüler in Verletzungen einwilligen zu lassen, die ihm möglicherweise beim Fußballspiel zugefügt werden. Andererseits erscheint es bereits zweifelhaft, ob es genügt, wenn ein 15-Jähriger in eine Blutentnahme einwilligt, um einen Freund zu retten. Vollends kann es nicht in das Ermessen eines Jugendlichen unter 18 Jahren gestellt werden, sich sterilisieren zu lassen. Dagegen ist es unbedenklich, wenn der Jugendliche sich einen Zahn ziehen läßt. Nicht anders ist der Fall zu beurteilen, daß der 15-Jährige sich von einem Mitschüler mit der Lupe ein Loch in den Anzug brennen läßt, oder daß er sich von einem Mitschüler das Frühstücksbrot oder einen Bleistift wegnehmen läßt. Diese wenigen Beispiele, die beliebig vermehrt werden könnten, zeigen zur Genüge, daß nicht ein bestimmtes Alter des Einwilligenden über die Gültigkeit der Einwilligung entscheidend sein kann. In welchen Fällen die Einwilligung eines Jugendlichen für ausreichend zu erachten ist, wird wesentlich davon abhängen, welches Rechtsgut preisgegeben wird, und welche Intensität der Verletzung der Jugendliche gestattet.

---

[49]) von Liszt-Schmidt, a. a. O.

[50]) Binding, Handbuch I, S. 627.

[51]) Keßler, S. 102 ff.

[52]) Meyer-Allfeld, Lehrb., S. 222, ebenso Holer, S. 107.

[53]) Gerland, VD., Allg. Teil II, S. 504.

Kann der Jugendliche selbst wirksam nicht einwilligen, so erhebt sich die Frage, ob sein gesetzlicher Vertreter ihn in der Abgabe der Einwilligung vertreten kann. Gibt es eine Stellvertretung bei der Einwilligung? Für die Vertreter der Rechtsgeschäftstheorie ist es nur folgerichtig, die gesetzliche ebenso wie die willkürliche Stellvertretung für zulässig zu erklären [54]). Verneint man dagegen die Rechtsgeschäftsnatur der Einwilligung, indem man sich für die Willensrichtungstheorie entscheidet, so ist kein Raum für eine willkürliche Stellvertretung. Sie läßt sich weder begründen, noch besteht ein Bedürfnis, sie zuzulassen. Die Willensrichtung genügt und braucht aus den dargelegten Gründen nicht einmal zur Kenntnis des Handelnden zu gelangen.

Die Möglichkeit der gesetzlichen Vertretung muß dagegen bestehen, da sonst beispielsweise die Operation eines kleinen Kindes stets widerrechtlich sein müßte [55]). Die Fähigkeit, in die Operation des Kindes einzuwilligen, ist ausschließlich aus der elterlichen Gewalt herzuleiten. (§§ 1627, 1631 BGB.) [56]). Zur Fürsorge für die Person des Kindes gehört auch das Recht und die Pflicht, über das leibliche Wohl des Kindes zu wachen. Während des Bestehens der Ehe steht regelmäßig beiden Ehegatten das Fürsorgerecht zu. Bei Meinungsverschiedenheiten geht aber die Meinung des Vaters vor, so daß praktisch die Fähigkeit, für das Kind einzuwilligen, in die Hand des Vaters gelegt ist. (§ 1634 BGB.) Ausnahmsweise kann aber nach Anordnung des Vormundschaftsgerichts der Mutter allein das Fürsorgerecht zustehen. (§ 1666 BGB.) Wenn danach auch regelmäßig der gesetzliche Vertreter, der Vater die Einwilligung erteilen kann und muß, so ist diese Befugnis doch nicht mit dem Recht zur Vertretung des Kindes verbunden. Eine Stellvertretung gibt es nur bei Willenserklärungen. Es ist deshalb nicht ganz scharf, bei der Einwilligung von „Vertretung" zu sprechen. Da sich aber der Ausdruck eingebürgert hat, und Verwirrung davon nicht zu besorgen ist, mag der Ausdruck beibehalten werden.

Einwilligung ist also die auf Preisgabe eines Rechtsgutes gerichtete Willensrichtung des Inhabers eines Rechtsgutes oder des sonstigen Berechtigten,

---

[54]) Zitelmann, a. a. O., S. 62. a. M. Meyer-Allfeld, S. 222, der die Möglichkeit der Stellvertretung allgemein verneint.

[55]) Wer wie Allfeld die Möglichkeit der Stellvertretung überhaupt leugnet, müßte sich schon dazu entschließen, für die strafrechtliche Beurteilung die Tatbestandsmäßigkeit der Operation als Körperverletzung zu verneinen, während bei der zivilrechtlichen Behandlung auf einen der noch zu erörternden Rechtfertigungsgründe wie Berufsrecht, Gewohnheitsrecht usw. zurückgegriffen werden müßte. Vgl. hierüber unten.

[56]) So Kipp-Wolff, Familienrecht, § 79 I, 1, Anm. 1; Rosenberg, GS., Bd. 62, S. 71 ff.; RG., JW. 1911, S. 784; Heinrich Lehmann, Familienrecht 1926, S. 204; von Bar, Gesetz und Schuld III, S. 48 ff.; Gerland, VD., Allg. Teil, Bd. II, S. 505; Kiehl, GA., Bd. 54, S. 275 ff.

die sich mit einem auf die Verletzung des Rechtsgutes gerichteten Willen einer anderen Person deckt. Wirksam ist die Einwilligung nur, wenn die Preisgabe nicht gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt.

2.) Die mutmaßliche Einwilligung.

Greift der Arzt ein, ohne daß die im vorigen Abschnitt entwickelten Voraussetzungen erfüllt sind, so wird der Eingriff als eigenmächtig bezeichnet. Die Einwilligung versagt hier als Rechtfertigungsgrund. Damit ist aber nicht gesagt, daß der eigenmächtig vorgehende Arzt in jedem Falle widerrechtlich handelte. Wie schon in den bisherigen Erörterungen hervorgetreten ist, gibt es eine Reihe von Fällen, in denen es ein völlig unannehmbares Ergebnis wäre, sollte der eigenmächtige Eingriff eine widerrechtliche Rechtsgüterverletzung im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB., darstellen. Es mag nur auf den häufig vorkommenden Fall hingewiesen werden, daß jemand bei einem Verkehrsunfall schwere Verletzungen erleidet, und dem Bewußtlosen unverzüglich ärztliche Hilfe geleistet werden muß, um sein Leben zu retten. Eine Rechtsordnung, die in solchem Falle das hilfsbereite Eingreifen des Arztes als widerrechtlich brandmarkte und mit Strafe bedrohte, würde sich selbst das Urteil sprechen [1]).

Wissenschaft und Praxis sind die hier erwartete Antwort nicht schuldig geblieben. Die vorgeschlagenen Lösungen weichen aber erheblich von einander ab, insbesondere in der Begründung. Dabei ist zu bemerken, daß einige der im folgenden zu behandelnden Theorien nicht wie hier zwischen eigenmächtigen Eingriffen und solchen unterscheiden, die auf Grund erteilter Einwilligung vorgenommen werden. Dieser Stand der Dinge rechtfertigt es insbesondere, daß die Erörterung der Einwilligung in nächste Nähe der Frage gestellt worden ist, ob und in welchen Grenzen der eigenmächtige Eingriff rechtmäßig ist.

Mit der Feststellung, daß über die Beurteilung des eigenmächtigen Eingriffs mehrere Auffassungen bestehen, stellt sich von selbst die Frage, ob deren Darstellung eine durchgängige innere Gliederung zu Grunde gelegt werden kann. Wie sich ergeben wird, haben die verschiedenen Lösungsversuche nicht durchweg den gleichen Ausgangspunkt. Ja, nicht einmal im Ergebnis ist völlige Übereinstimmung zu verzeichnen. Es würde zweckmäßig sein, die Auffassungen voranzustellen, die es in Anspruch nehmen, einen Rechtsfertigungsgrund eigens für den ärztlichen Eingriff nachzuweisen, um anschließend zu versuchen, die Beurteilung auf breitere Grundlage zu stellen. Eine dementsprechende scharfe Unterscheidung läßt sich indessen nicht durchführen. Die Beweisführung innerhalb der beiden bezeichneten Gruppen von Rechtfertigungsgründen weist zahlreiche Berührungspunkte auf. So wird es wohl nirgends übersehen, daß der Zweck, dem die ärztliche Tätigkeit entspringt, besondere Beachtung verdient, so daß es sich im Grunde nur um die Frage handelt, inwiefern dieser Zweck nach

[1]) Vgl. oben, S. 6, und Zitelmann, die Haftung . . . S. 16.

den Grundsätzen unserer Rechtsordnung einen Einfluß auf die Widerrechtlichkeit auszuüben vermag. Vom Zweck der ärztlichen Tätigkeit gehen insbesondere das sogenannte Berufsrecht des Arztes und die verschiedenen Zwecktheorien aus.

Da nun mit der Möglichkeit, in der angegebenen Weise zu gliedern, für die Lösung des Problems nichts gewonnen wird, erscheint es zulässig, zunächst der Auffassung nachzugehen, die „mutmaßliche Einwilligung" stelle ebenso wie die Einwilligung einen Rechtfertigungsgrund dar [2]). Diese Reihenfolge der Darstellung hat den Vorzug der Übersichtlichkeit, da die „mutmaßliche Einwilligung", wie schon die Bezeichnung sagt, sich eng an die wirkliche Einwilligung anlehnt.

Es mag vorausgeschickt werden, daß es sich bei der Lehre von der mutmaßlichen Einwilligung um ein äußerst bestrittenes Problem handelt. Ihrem Kern nach besagt diese Lehre, der wirklichen Einwilligung müsse es gleichgeachtet werden, wenn der Handelnde habe annehmen dürfen [3]), daß der von seinem Handeln Betroffene sein Einverständnis hierzu erteilt haben würde, sofern ihm nur die Möglichkeit gegeben worden wäre, seine Stellungnahme kundzugeben. Der Deutlichkeit halber mag hervorgehoben werden, daß eine scharfe Unterscheidung gegenüber dem Falle geboten ist, in dem der Handelnde irrtümlich angenommen hat, die Einwilligung sei tatsächlich erteilt. Dabei darf allerdings nicht verschwiegen werden, daß die beiden begrifflich grundverschiedenen Fälle in einem konkreten Sachverhalt nicht immer reinlich voneinander gesondert werden können, wenn man der oben vertretenen Auffassung folgt, daß die Einwilligung dem Handelnden nicht erklärt zu sein braucht, sondern schon mit der bloßen Willensrichtung des Einwilligenden gegeben ist.

Auch für das Gebiet des ärztlichen Eingriffs hat man wiederholt darauf hingewiesen, daß mit der „mutmaßlichen Einwilligung" die Möglichkeit gegeben sei, diejenigen Fälle des eigenmächtigen ärztlichen Eingriffs in angemessener Weise zu lösen, die, wie der mehrfach als typisches Beispiel erwähnte Fall, nach unserem Rechtsempfinden unmöglich widerrechtlich sein können.

Insbesondere das Reichsgericht, das in den oben bezeichneten Entscheidungen grundsätzlich sämtliche von anderer Seite vorgeschlagenen Rechtfertigungsgründe außer der Einwilligung ablehnt, hat sich veranlaßt gesehen, in einigen Entscheidungen auf die mutmaßliche Einwilligung des Patienten abzuheben [4]). Wie leicht einzusehen ist, vermag das Reichsgericht nicht in allen Lagen mit der

---

[2]) Vgl. vor allem Mezger, GS., Bd. 89, S. 287 ff., und Mezger, Strafrecht, S. 218 ff.

[3]) Dabei kommt es nicht auf die Anschauungen des Täters an. Entscheidend ist ein „objektives, richterliches Wahrscheinlichkeitsurteil". Mezger, a. a. O., S. 219.

[4]) RGZ. Bd. 68, S. 434; SA. Bd. 48, S. 413; JW. 1932, S. 3329; RGStr. Bd. 25, S. 375 ff, Bd. 61, S. 243 ff. — Einen ähnlichen Standpunkt nimmt auch § 279 des Gegenentwurfs von 1911 und der Entwurf der kleinen Strafrechtskommission von 1919 (§ 313) ein.

Einwilligung des Patienten auszukommen, um befremdliche Ergebnisse zu vermeiden. Dementsprechend ist die Stellungnahme des Reichsgerichts auch unbestimmt und ersichtlich auf den einzelnen Fall[5]) zugeschnitten, so daß nicht annähernd mit Sicherheit vorausbestimmt werden kann, wie das Reichsgericht in einem einzelnen Falle entscheiden wird, zumal das Reichsgericht noch weitere Gesichtspunkte wie „Güterabwägung" für die Beurteilung maßgebend sein läßt[6]).

Jedenfalls spricht das Reichsgericht in der Entscheidung im 61. Bande (Strafsachen) deutlich aus, daß „die Gleichstellung des mutmaßlichen Willens mit dem wirklichen Willen ... dem im § 677 BGB. zum Ausdruck kommenden Rechtsgedanken entspreche".

Außer dem Reichsgericht redet ferner von Weber[7]) der mutmaßlichen Einwilligung das Wort.

Mezger, der sich insbesondere eingehend mit diesem Problem beschäftigt, nimmt aber gerade für den ärztlichen Begriff an, daß hier nicht die objektive Grundlage der mutmaßlichen Einwilligung, sondern der subjektive Zweck, von dem die Tätigkeit des Arztes getragen sei, entscheidend sein müsse[8]). Ob diese Erwägung die auf objektivem Gebiet zu treffende Feststellung der Widerrechtlichkeit zu beeinflussen vermag, wird an anderer Stelle zu untersuchen sein[9]).

An Einwänden gegen den Rechtfertigungsgrund der mutmaßlichen Einwilligung hat es nicht gefehlt[10]). Nach von Liszt-Schmidt[11]) „fehlen klare Ergebnisse noch durchaus". Gegen von Weber läßt sich vor allem geltend machen, daß ihm eine Vermengung von Widerrechtlichkeit und Schuld unterlaufen ist[12]). Wenn Kahl und Stooß die mutmaßliche Einwilligung als „Fiktion" bezeichnen, so ist das hierin liegende Bedenken allerdings zur Widerlegung unzulänglich. Denn in aller Regel wird der zustimmende Wille des Patienten in der Tat nicht ohne Grund vermutet werden.

[5]) So RGStr. Bd. 25, S. 375 ff.

[6]) Vgl. RGStr., Bd. 61, S. 243 ff. — Vgl. auch RGZ., Bd .68, S. 434 und RGZ. SA., Bd. 413, wo andere Einschränkungen gemacht werden, indem „Gefahr im Verzug" vorausgesetzt wird.

[7]) von Weber, a. a. O., S. 47, 53; vgl. auch Geider, S. 38 ff. und Voltz Zeitschrift f. StrafrW., Bd. 50, S. 372 ff. Die bei Geider und Voltz Angeführten sehen in der mutmaßlichen Einwilligung das maßgebende Prinzip, um in gewissen Fällen die Züchtigung fremder Kinder wegen Ungebühr zu rechtfertigen.

[8]) Mezger, GS. Bd. 89, S. 290.

[9]) Vgl. unten S. 42 ff.

[10]) Zitelmann, Arch. f. z. Prax., Bd. 99, S. 103, der die mutmaßliche Einwilligung für „völlig beweislos und unbeweisbar" erklärt. Vgl. ferner Traeger, GS. Bd. 94, S. 162 ff.; Hegler, ZStrW., Bd. 36, S. 42, Anm. 61; Ahrens, S. 60 ff.; Kahl, ZStrW., Bd. 29, S. 365; Stooß, S. 35 ff.; Geider, a. a. O.; Voltz, a. a. O.

[11]) Von Liszt-Schmidt, § 35, Note 12.

[12]) Von Liszt-Schmidt. a. a. O.

Als ausschlaggebenden Grund gegen die mutmaßliche Einwilligung hat man aber mit Recht hervorgehoben [13]), daß die gänzlich auf subjektivem Gebiet liegende Vermutung des Arztes nach grundsätzlichen Erwägungen in Zivil- und Strafrecht nicht entscheidend sein kann, wenn es sich um eine objektive Größe, die Widerrechtlichkeit, handelt.

Soweit Mezger von dem materiellen Unrechtsbegriff ausgeht und — von der Beurteilung des ärztlichen Eingriffs abgesehen — in der mutmaßlichen Einwilligung einen Rechtfertigungsgrund sieht, ist hiergegen nichts einzuwenden, wenn man nicht überhaupt den Ausgangspunkt für verfehlt erachtet. Nach der obigen Stellungnahme zu dem Problem der Widerrechtlichkeit würde deshalb insoweit der Auffassung von Mezger nur das Bedenken entgegenstehen, daß nach Möglichkeit die gesetzliche Wertung aufzusuchen ist. Es ist also zu fragen, ob es dieser Hilfskonstruktion der „mutmaßlichen Einwilligung" überhaupt bedarf [14]).

Das Bedürfnis wird nun allerdings nicht deshalb verneint werden können, weil in der Mehrzahl der in Betracht kommenden Fälle eigenmächtigen Vorgehens des Arztes das Korrektiv auf subjektivem Gebiet gesucht und gefunden werden kann [15]).

Daß für die mutmaßliche Einwilligung kein Raum ist, wird sich im weiteren Verlauf der Darstellung zeigen, indem der Nachweis erbracht werden wird, daß das Gesetz in den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag Rechtsregeln zur Verfügung stellt, die jedes andere Prinzip entbehrlich machen. Es wird also die Frage sein, ob die mutmaßliche Einwilligung, wenn sie auch den Erfordernissen der nützlichen Geschäftsführung genügt, unter diesem Gesichtspunkt Anerkennung finden kann.

3. Das sogenannte Berufsrecht des Arztes.

Angesehene Autoren [1]) treten für ein Berufsrecht des Arztes ein, das dem Arzt gestatte, in gewissen Grenzen Eingriffe zu Heilzwecken vorzunehmen. Zur Begründung dieser Theorie wird darauf hingewiesen, daß der Staat den ärzt-

---

[13]) So Traeger, a. a. O., S. 162 ff.; Hegler, a. a. O.; Ahrens, a. a. O.; Zitelmann, a. a. O., S. 102; Geider, a. a. O.; Voltz, a. a. O.

[14]) Hierin übereinstimmend von Liszt-Schmidt, a. a. O.

[15]) Für diese Lösung insbesondere Staudinger-Engelmann, § 823, Note II B7; vgl. hierzu Zitelmann, die Haftung . . ., S. 16, und Arch. z. Pr., Bd. 99, S. 104.

[1]) Zuerst Hugo Meyer, Lehrb. S. 271; Berner, Lehrb. S. 97; Merkel, Lehre vom Verbrechen, 1912, S. 179; Geyer, Grundriß zu Vorlesungen, 1884, Bd. I, S. 79; Georg Jellinek, System d. subj. öffentl. Rechte, 1892, S. 243, 246; von Lilienthal, die pflichtmäßige ärztl. Handlung, in der Festgabe f. Bekker, 1899, S. 45; von Gierke, Dtsch. Privatrecht, Bd. III, 1917, S. 883; Hamm, DJZ. 1907; S .449; Kahl, ZStrW., Bd. 29, S. 370; Finger, Lehrb., Bd. I, S. 411; früher von Liszt, Lehrb.

lichen Beruf nicht nur erlaube, sondern auch durch erhebliche Aufwendungen fördere, indem er selbst Krankenhäuser und Kliniken unterhalte, indem er ferner die Ausbildung der Mediziner überwache und zu diesem Zweck Lehrstühle an den Universitäten eingerichtet habe. Auch das Wohlergehen des Ärztestandes sei dem Staat keineswegs gleichgültig. Vielmehr ermögliche und fördere er die Pflege der ärztlichen Standesinteressen durch Einrichtung der Ärzte- und Zahnärztekammern und durch Anerkennung einer besonderen Ehrengerichtsbarkeit [2]). Nicht zu vergessen sei, daß der Staat jeden einzelnen Arzt durch Erteilung der Approbation zur Ausübung des Arztberufes zulasse. Berücksichtige man diese Einstellung des Staates zum Arztberufe, so sei es widersinnig, eine Tätigkeit als widerrechtlich zu bezeichnen, deren Ausübung er selbst begünstige. Die ärztliche Mitarbeit könne der Staat auch gar nicht entbehren, da es sich bei der Gesunderhaltung des Staatsvolkes um eine Lebensfrage des Staates im ursprünglichsten Sinne handele [3]).

So wenig auch dem Ausgangspunkt der Berufsrechtstheorie, die Ausübung des ärztlichen Berufes liege im Interesse des Staates, Bedenken entgegenstehen, kann doch der daraus abgeleitete Schluß nicht als richtig anerkannt werden. Denn es darf nicht außer acht gelassen werden, daß in Deutschland Kurierfreiheit besteht. Hat aber der Staat ungeachtet der von vielen Seiten immer wieder erhobenen Forderung, die Kurierfreiheit zu beschränken, der gerade gegenwärtig in

---

(2. Aufl.), § 33; Olshausen, § 223, Anm. 9; Binding, Lehrb., Bd. I, § 15, Grundriß, Bd. I, § 78; auch Planck André, Vorbem. V vor § 677; ebenso bereits die Constitutio Criminalis Carolina, Art. 134. Gleicher Auffassung Allfeld, S. 144, und Wachenfeld, S. 129, für den Fall, daß die Einholung der Einwilligung untunlich sei.

[2]) Vgl. das Gesetz betreffend die Ärztekammern vom 30. 12. 1926 und Gesetz betreffend die ärztlichen Ehrengerichte vom 30. 12. 1899. — Die gegenwärtigen Bestrebungen in der Ärztewelt gehen dahin, an die Stelle der lückenhaften Regelung der die Ärzte angehenden Fragen ein Ärzterecht zu setzen, das einheitlich für das ganze Reichsgebiet gelten soll. Dabei soll das bisherige zum großen Teil in der Gewerbeordnung enthaltene Arztrecht aus der Gewerbeordnung herausgelöst werden. Diese Bestrebungen, die auf dem 50. Ärztetag in Köln (1931) Gegenstand eingehender Erörterungen gewesen sind und insbesondere in Ebermayer einen beredten Vertreter gefunden haben, werden voraussichtlich in absehbarer Zeit zum Ziele gelangen, wenn auch zurzeit ein Entwurf der geforderten Reichsärzteordnung noch nicht vorliegt. Vgl. Kaufmann, JW. 1932, S. 3302 ff.

[3]) Vgl. Ebermayer, der Arzt im Recht, 1930, S. 9. Ebermayer, der zwar nicht Anhänger der Berufsrechtstheorie ist, möchte dem Gedanken, daß der Arzt in Ausübung seiner Tätigkeit eine staatsnotwendige Aufgabe erfülle, klaren Ausdruck dadurch verliehen sehen, daß an die Spitze der künftigen Reichsärzteordnung der Satz gestellt werde: „Die Tätigkeit des Arztes ist Dienst am Kranken und Dienst an der Gesundheit des Volkes."

hoher Blüte stehenden Betätigung der „Heilkundigen“ noch keinen Riegel vorgeschoben, so muß de lege lata auch die Heiltätigkeit des Kurpfuschers grundsätzlich als erlaubt angesehen werden [4]). Wird dann aber von Vertretern der Berufsrechtstheorie angenommen, Förderung und Schutz werde lediglich denen zuteil, die eine vom Staat befürwortete Ausbildung aufzuweisen hätten, so wird damit offenbar die Bedeutung der vom Staat gewährleisteten Gewerbefreiheit verkannt.

Auch sonstige Bedenken stehen der Annahme eines Berufsrechts entgegen. So würde z. B. ein im Ausland ausgebildeter und approbierter Arzt wegen eines eigenmächtig vorgenommenen und mißlungenen Heileingriffes ebenso wie der Kurpfuscher aus unerlaubter Handlung haften und auch strafbar sein, während der in Deutschland ordnungsmäßig approbierte Arzt keine dieser Folgen zu gewärtigen hätte. Dieses Ergebnis kann im einzelnen Falle umso befremdlicher sein, als unter Umständen der ordnungsmäßig approbierte Arzt nicht über die Spezialkenntnisse und Erfahrungen verfügt, die der ausländische Arzt mitbringt, oder der Heilkundige in einzelnen Fällen sich angeeiget haben mag. Die Approbation für sich allein bietet jedenfalls keine Gewähr dafür, daß der Arzt im Besitz der Kenntnisse und Erfahrungen ist, die zur Ausübung der Heiltätigkeit erforderlich sind [5]).

Vergegenwärtigt man sich die praktischen Auswirkungen der Berufsrechtstheorie, so müßte der behandelnde Arzt selbst dann durch sein Berufsrecht gedeckt sein, wenn er gegen den Willen des Patienten den seiner Meinung nach erforderlichen Eingriff vornimmt. Unsere Rechtsordnung geht aber offensichtlich von der Freiheit und dem Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen aus. Abgesehen von einigen Ausnahmefällen (im Impfgesetz, Seuchengesetz und neuerdings im Gesetz zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten) ist es in den freien Willen des Erkrankten gestellt, ob er sich einer Heilbehandlung unterwerfen will. Die Annahme eines Berufsrechtes würde also auf eine unerträgliche Bevormundung des Einzelnen durch die Ärztewelt hinauslaufen [6]). Die Bejahung einer allgemeinen Behandlungspflicht des Kranken würde einen Rückfall in die Ideen des Polizeistaates bedeuten.

Würde sich ein Berufsrecht nachweisen lassen, so müßte gefolgert werden, daß ein tätlicher Widerstand des Patienten, der sich eine Behandlung seitens des Arztes nicht aufdrängen lassen will — sei es, daß er zu dem ihm gegenübertretenden Arzt kein Vertrauen hat, sei es, daß er überhaupt nicht behandelt sein will —, in eine widerrechtliche Körperverletzung ausarten kann, da dem Patienten gegenüber der rechtmäßigen Handlung des Arztes keine Notwehr zur Seite stünde. Dieses Ergebnis muß aber befremden, da eine unbefangene Betrachtung die Annahme nahelegt, daß gerade umgekehrt der Patient der unerwünschten Behandlung mit Notwehr begegnen darf. Dieses Bedenken wird nun allerdings von einigen

---

[4]) Lediglich das Gesetz zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten schränkt die Kurierfreiheit für die dort aufgezählten Erkrankungen ein.

[5]) Zitelmann, Die Haftung des Arztes . . ., S. 26.

[6]) Zitelmann, a. a. O., S. 26.

Vertretern der Berufsrechtstheorie nicht übersehen. Es wird gesagt, das Berufsrecht bestehe lediglich der Annahme einer widerrechtlichen Körperverletzung entgegen, schließe dagegen nicht die gleichzeitig vorliegende Freiheitsverletzung aus [7]. Der eigenmächtig vorgehende Arzt würde also wegen dieses Verstoßes gegen die Freiheit im wesentlichen die gleichen zivil- und strafrechtlichen Folgen zu befürchten haben. Damit wird aber implicite zugegeben, daß nicht dem Berufsrecht, sondern lediglich dem auf Vornahme des Angriffs gerichteten Willen des Patienten die rechtfertigende Kraft innewohen kann [8].

Die Berufsrechtstheorie bringt somit im Grunde nichts Neues und vermag vor allem keine Lösung des allein problematischen Falles zu geben, in dem der Arzt die Einwilligung aus tatsächlichen Gründen nicht einholen kann, der Zustand des Patienten aber ein Eingreifen des Arztes erfordert. Ein ärztliches Berufsrecht, das geeignet wäre, dem ärztlichen Eingriff die Widerrechtlichkeit zu nehmen, kann also nicht anerkannt werden [9].

4. Die verschiedenen Zwecktheorien.

Die Berufsrechtstheorie stellt, wie sich aus ihrer Begründung ergibt, letzten Endes auf den Zweck der ärztlichen Tätigkeit ab, die ganz in der Richtung der staatlichen Interessen liege. Die Zweckbetrachtung steht aber erkennbar nicht im Vordergrund der Beweisführung. Die Berufsrechtstheorie sucht ihre Geltung vielmehr aus der Einstellung des Staates zum Arztberuf herzuleiten, wie sie als bestimmte Übung tatsächlich im Staatsleben festzustellen sei und z. T. auch in einzelnen Gesetzen (Gewerbeordnung usw.) eine Unterlage finde. Insofern kann die Berufsrechtstheorie gegenüber einer Reihe von Auffassungen, die ersichtlich auf eine reine Zweckbetrachtung zurückgreifen, der tatsächlichen Anerkennung der Heiltätigkeit dagegen weniger Bedeutung beimessen, als positivistisch bezeichnet werden.

Den verschiedenen Auffassungen, die im folgenden unter der Bezeichnung „Zwecktheorien“ zusammengefaßt werden sollen, kann allerdings eine vollkommen

---

[7]) So Kahl, der Arzt im Strafrecht, S. 15; Spinner, Ärztliches Recht, S. 227.

[8]) So auch RGStr., Bd. 25, S. 379.

[9]) So Zitelmann, Arch. z. Pr., Bd. 99, S. 78, 85, wo das Berufsrecht als ein Gespenst bezeichnet wird. Vgl. auch Zitelmann, die Haftung des Arztes . . ., S. 13 ff., 24 ff. Im Ergebnis übereinstimmend u. a. RGStr., Bd. 25, S. 379; von Bar, GS. Band 60, S. 94, ders. Gesetz und Schuld III, S. 72; Binding, Lehrb. I, S. 56; Behr, GS. Bd. 62, S. 104 ff.; Gerland, S. 120; Löffler, S. 244; Stooß, S. 93, 944; R. Schmidt, die strafrechtliche Verantwortlichkeit . . ., S. 39, 40; Schwartz, Strafgesetzbuch § 223; M. E. Mayer, Lehrb. S. 295, Anm. 25; Oppenheim, das Recht zu ärztlichen Eingriffen . . ., S. 15; Heimberger, VD., Allg. Teil, Bd. 44, S. 19 ff.; Lehmann, Grundriß des Allg. Teiles des BGB., 1922, S. 212, 213.

einheitliche Begründung nicht nachgesagt werden. Innerhalb dieser Theorie lassen sich zwei Gruppen unterscheiden:

1. Auffassungen, für die der Zweck der Handlung, gemessen an den staatlichen Interessen, das Vergleichsobjekt bildet,
2. Auffassungen, die es sich zur Aufgabe machen, die Kollision der widerstreitenden Interessen zu lösen.

Es soll nun nicht behauptet werden, daß eine scharfe Abgrenzung der bezeichneten Gruppen durchführbar wäre. Wie sich im folgenden ergeben wird, überschneiden sie sich in der Begründung. Im wesentlichen sind es auch die gleichen Einwendungen, die gegen die Zwecktheorie in ihrer verschiedenen Gestaltung zu erheben sind.

Der Berufstheorie am nächsten verwandt zeigt sich die von E. Schmidt und anderen Rechtslehrern [1]) vertretene Auffassung, die Widerrechtlichkeit des ärztlichen Eingriffs werde durch den Heilzweck ausgeschlossen, soweit sich der Eingriff als angemessenes Mittel zur Erreichung eines staatlich anerkannten Zweckes darstelle [2]). An die Stelle des ärztlichen Berufes, der Förderung von Seiten des Staates erfährt, tritt das Interesse des Staates an Erhaltung und Wiederherstellung der Gesundheit. Dieses Interesse ist die Triebfeder für die verschiedenen im Gebiet der Unterrichtsverwaltung und Gesundheitspflege getroffenen Einrichtungen. Indem der Staat hiermit eindeutig ein Interesse an der Gesundheit der einzelnen Staatsbürger bezeige, erkenne er alle diesem Zwecke dienenden Maßnahmen als rechtmäßig an, die im Verhältnis zu dem angestellten Zweck als angemessen angesprochen werden könnten. Entscheidend sei deshalb, ob der Arzt (oder der Heilkundige) nach den Regeln der ärztlichen Kunst und Wissenschaft verfahre.

Bedenken sind insoweit nicht zu erheben, als die Anerkennung des Heilzweckes durch den Staat angenommen wird. Fraglich bleibt nur, ob diese Erwägung zur Rechtfertigung des ärztlichen Eingriffs ausreicht. Die Anstellung einer Zweckbetrachtung ist zwar grundsätzlich nicht zu beanstanden, wenn es sich darum handelt, die rechtliche Bewertung eines Verhaltens zu ermitteln. Insofern besteht Übereinstimmung mit der obigen Stellungnahme zu dem Begriff der Widerrechtlichkeit. Dort wurde jedoch hervorgehoben, daß eine reine Spekulation nicht angängig ist, vielmehr Umschau nach den gesetzlichen Wertungen zu halten ist, mögen diese Wertungen auch nicht mit dürren Worten zum Ausdruck gelangen. Ergibt sich aus dem Gesetz unmitelbar oder mittelbar ein Anhaltspunkt für die Stellungnahme des Staates, so ist der hierin zum Ausdruck kommende Staats-

---

[1]) von Liszt-Schmidt, § 35 III; Graf zu Dohna, die Rechtswidrigkeit, S. 95; derselbe, Recht und Irrtum, S. 13; Mayer-Allfeld, S. 143; von Lilienthal, die pflichtmäßige ärztliche Handlung, in der Festgabe für Bekker, S. —; Sauer, Grundlagen . . ., S. 338; Binding, Lehrb., § 15.

[2]) von Liszt-Schmidt, a. a. O.

wille in das Wertungsverfahren eizubeziehen. Verfährt man in dieser Weise, so ergibt sich vorliegend die Notwendigkeit, auch das vom Staat gewährleistete Selbstbestimmungsrecht des einzelnen Staatsbürgers zu berücksichtigen. Denn der Staat überläßt es, wie bereits dargelegt, grundsätzlich dem Ermessen des Einzelnen, ob er sich einer Heilbehandlung unterziehen will oder nicht. Zwei Interessen des Staates stehen sich also hier gegenüber, das Interesse an der Gesundheit und das Interesse an der Freiheit der Entschließung des einzelnen Staatsbürgers. Diese Willens- und Entschließungsfreiheit darf nur in den bezeichneten genau abgegrenzten Fällen eine Einbuße erleiden. Aus diesen Einzelfällen, die deutlich als Ausnahmen ausgestaltet sind, ergibt sich, daß in Wahrheit keine Interessenkollision vorliegt, deren Lösung einer freien Bewerbung vorbehalten wäre. Die gesetzliche Stellungnahme geht vollkommen eindeutig dahin, daß dem Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen gegenüber dem staatlichen Interesse an der Erhaltung der Volksgesundheit der Vorzug zu geben ist.

Dieser Notwendigkeit passen sich auch einige Vertreter der Zwecktheorie an. Verfolgt man die Durchführung der Theorie bei E. Schmidt, so stößt man zum Schluß auf den Satz: „. . . aber die Angemessenheit des Mittels wird ausgeschlossen durch den widerstrebenden Willen des verfügungsfähigen Kranken, beziehungsweise seines Vertreters“ [3]). Wie die Angemessenheit des Mittels, die lediglich nach den Regeln der ärztlichen Wissenschaft und Kunst beurteilt werden soll, endlich doch noch von dem Willen des Patienten abhängig sein kann, ist nicht einzusehen. Hier liegt der Gedankenführung von E. Schmidt offenbar eine Unstimmigkeit zugrunde. Wenn es der Heilzweck wäre, der den kunstgerechten Eingriff zu rechtfertigen vermag, so müßte er die gleiche Wirkung auch ohne Rücksicht auf einen etwa entgegenstehenden Willen des Kranken haben. Denn das kann nicht bezweifelt werden, daß auch in den weitaus meisten Fällen eigenmächtigen Eingreifens der vorgenommene Eingriff indiziert war und sachgemäß erfolgte.

Der ärztliche Eingriff läßt sich demnach nicht aus dem Heilzweck rechtfertigen, der dem ärztlichen Handeln zugrunde liegt [4]).

Einen Schritt weiter geht eine weitverbreitete Lehre, die das Problem der Interessenkollision schärfer erfaßt und versucht, durch Vergleichung der miteinander in Widerstreit tretenden Interessen zu einer Lösung zu gelangen. Die entscheidende Frage lautet: Welche der verschiedenen Interessen ist das höherwertige? Zu Gunsten dieses höheren Gutes dürfe das geringere aufgeopfert werden. Der damit gefundene Grundsatz könne auch zur Beurteilung des ärztlichen Eingriffs herangezogen werden und erweise sich vollends als unentbehrlich, wenn man grundsätzlich einen Rechtfertigungsgrund allein in der Einwilligung sehe, die häufig nicht eingeholt werden könne.

---

[3]) von Liszt-Schmidt, a. a. O.

[4]) So RGStr. Bd. 25, S. 378 ff.; Gerland, S. 120; Heimberger, VD., Allg. Teil, Bd. 4, S. 20 ff.; Mezger, Strafrecht, S. 242 ff.

Zur Begründung [5]) wird auf die Notstandsbestimmungen der §§ 228, 904 BGB. und §§ 52, 54 StGB. hingewiesen. In allen diesen Fällen bestehe eine Kollision von Interessen, d. h. „ein Zusammentreffen zweier Interessen in der Weise, daß die Geltendmachung des einen nur möglich sei auf Kosten des anderen, und zwar handele es sich hierbei um eine Kollision rechtmäßiger Interessen, denn beide Interessen seien von der Rechtsordnung anerkannt und unter ihren Schutz gestellt". Diesen Interessenwiderstreit müsse die Rechtsordnung ausgleichen. Durch objektive Abwägung sei zu ermitteln, welchem Interesse der Vorrang gebühre. Um dieses Interesse zu erhalten, sei es zulässig, das geringerwertige zu verletzen. Ebenso verfahre regelmäßig auch derjenige, der vor die Wahl gestellt sei, von zwei Gütern eines aufgeben zu müssen.

Das Anwendungsgebiet dieses Prinzips des überwiegenden Interesses will Merkel auch auf die Fälle ausgedehnt wissen, in denen eine Notlage nicht besteht, wie sie vom Gesetz in den verschiedenen Notstandsbestimmungen vorausgesetzt wird. In diesen Fällen liege allerdings kein Zwang vor, unbedingt nun eines der widerstreitenden Interessen aufzuopfern [6]). Trotzdem lasse sich auf diese Weise auch der ärztliche Eingriff rechtfertigen [7]).

Eine Stütze findet dieser Gedankengang in § 904 BGB. Hier wird deutlich ein Wertunterschied vorausgesetzt. Der höhere Schaden darf auf die Gefahr eines dem Eigentümer entstehenden geringeren Schadens abgewendet werden. Durch § 228 BGB. wird dagegen nicht nur das höherwertige Interesse geschützt. Nicht einmal die Gleichwertigkeit des zu verteidigenden Interesses wird erfordert. Es genügt, wenn dieses nicht „außer Verhältnis" zu dem durch die Abwehr zu verletzenden Interesse steht. Von einer Abwägung unter dem Gesichtspunkt des überwiegenden Interesses kann also hier nicht die Rede sein [8]). Einer Abwägung in allerdings nicht allgemein bestimmten Grenzen bedarf es aber auch hier. Im Gegensatz hierzu stellt § 54 StGB. wesentlich schärfere Anforderungen. Nicht jeder Eingriff versetzt den Angegriffenen oder dessen Angehörigen in Notstand. Es muß eine Gefahr für Leib oder Leben bestehen. Von einer Abwägung kann aber nur insofern die Rede sein, als keine andere Möglichkeit gegeben sein darf, die Gefahr abzuwenden. Gegebenenfalls muß das kleinere Übel zur Unrechtsabwehr gewählt werden. Jedenfalls ist eine Abwägung unter dem Gesichtspunkt des überwiegenden Interesses auch für den strafrechtlichen Notstandsbegriff nicht nachweisbar.

So ansprechend die Lehre Merkels ist, findet sie also — abgesehen vom § 904 BGB. — im Gesetz keine Stütze. Mit Recht sind aber auch gegen die Folgerungen, die sich aus dieser Lehre ergeben, Bedenken erhoben worden. Wie soll die

---

5) R. Merkel, Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmäßigem Handeln, 1895, S. 15.

6) Merkel, a. a. O., S. 58.

7) Merkel, a. a. Ort, S. 63.

8) Oertmann, BGB., Recht der Schuldverhältnisse, 3. und 4. Auflage, Bd. 1, S. 464; vgl. auch Fischer, die Rechtw., S. 235.

Vergleichung in den Fällen durchgeführt werden, in denen sich Interessen und Rechtsgüter entgegentreten, die von Grund auf verschieden sind? Es müßte einen allgemeingültigen Maßstab geben, mit dem auch qualitativ verschiedene Güter aneinander gemessen werden könnten. Eine Möglichkeit, in den schwierigeren Fällen auch nur annähernd einen gleichen Maßstab anlegen zu können, besteht aber nicht. Hold von Ferneck[9]) darf deshalb sagen: „. . . allerdings hält Themis eine Waage in den Händen, aber sie wägt Schuld und Sühne, nicht Rechtsgüter, noch weniger Sachen und Geld." In derselben Linie liegt die Kritik Oetkers[10]), der bemerkt: „Eine durchgreifende Taxordnung der Rechtsordnung läßt sich nicht aufstellen und, wäre sie möglich, so würde sie doch vielfach durchkreuzt von abweichenden konkreten Bewertungen, denen die Berechtigung keineswegs abgesprochen werden kann."

Mag diese Kritik der Merkel'schen Lehre auch reichlich scharf sein, so wird jedoch von seinen Gegnern zutreffend auf die erheblichen Schwierigkeiten des Wertungsverfahrens hingewiesen. Merkel glaubt hierüber hinwegzukommen, indem er meint, der Richter sei in der Lage, die konkreten Verhältnisse mit einer auf den sozialen Wert gerichteten Betrachtung zu beurteilen. Wenn aber die Vornahme der Bewertung so schwierig ist, daß sie nur dem Richter anvertraut werden kann, so handelt der Täter „auf Risiko" [11]).

Somit erweist sich die Lehre Merkels auch aus praktischen Gründen als unzulänglich. Macht man den Versuch, sie auf den ärztlichen Eingriff anzuwenden, so ist zwar unbedenklich das Gesundheitsinteresse höher als das Interesse an der Erhaltung der körperlichen Integrität zu bewerten. Stellt man aber das Gesundheitsinteresse dem ausschließlichen Bestimmungsrecht des Einzelnen gegenüber, so ist es sehr fraglich, ob eine vergleichende Bewertung dieser beiden heterogenen Werte überhaupt möglich ist.

Die persönliche Freiheit des Einzelnen gegenüber dem Staate ist ausdrücklich unter den Schutz der Verfassung gestellt. (Art. 114 RV.) Der Einzelne hat innerhalb der Gesetze die rechtliche Möglichkeit, alles zu tun und zu lassen, was er will. In diese Selbstherrlichkeit darf der Staat nur auf Grund entsprechender Gesetzesbestimmungen eingreifen. Die hier in Betracht kommenden Gesetze sind bereits bezeichnet worden. Eine weitere Befugnis zur Einmischung in die persönliche Freiheit ist dem Staat unter bestimmten Voraussetzungen im Polizeirecht gegeben. Aber in allen diesen Fällen haben nur die berufenen Organe des Staates ein Recht, im öffentlichen Interesse ordnend einzugreifen. Also selbst dann, wenn ein unmittelbares Interesse der Gesamtheit einen Eingriff in die geschützte Privatsphäre erheischt, dürfen nur die Organe des Staates tätig werden, denen allerdings nicht die Möglichkeit genommen ist, sich der Hilfe irgendwelcher nichtbeamteter Personen zu bedienen. Würden also im Einzelfalle, was an sich denkbar wäre, die Voraussetzungen vorliegen, im öffentlichen Interesse

[9]) Hold von Ferneck, Rechtswidrigk., S. 66.

[10]) Oetker, VD., Allg. Teil, Bd. 2, S. 345; vgl. auch Fischer, a. a. O., S. 226.

[11]) Fischer, a. a. O., S. 227.

einen Heileingriff vorzunehmen, so würde sich nicht jeder beliebige Staatsbürger das Recht anmaßen dürfen, die Interessen der Gesamtheit wahrzunehmen, auch nicht der Arzt. Umso mehr müßte es als ein Übergriff bezeichnet werden, wenn der Arzt einen Heileingriff vornimmt, wo ein unmittelbares Interesse der Gesamtheit gar nicht auf dem Spiele steht, wo es sich vielmehr nur um das allgemeine Interesse des Staates an der Gesunderhaltung der Staatsbürger handelt. Demnach ist eine Vergleichung undurchführbar, wenn zwar der Staat ein deutliches Interesse an der Gesunderhaltung des Einzelnen bezeigt, andererseits aber das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen grundsätzlich unangetastet wissen will. Mit anderen Worten, die Vergleichung der verschiedenen Interessen darf nicht ohne Berücksichtigung des aus dem Gesetz zu entnehmenden Werturteiles erfolgen, das aber, wie nicht zweifelhaft sein kann, dem Selbstbestimmungsrecht den Vorrang einräumt.

Damit ist allerdings die Frage noch nicht beurteilt, ob das Gesetz die Zulässigkeit eines ärztlichen Eingriffs ausnahmslos von der Ausübung des Selbstbestimmungsrechts abhängig macht, oder ob es doch Lagen gibt, in denen der Eingriff aus anderen Gründen nicht widerrechtlich ist. Es wäre denkbar, daß der Fall des Eingriffs am Selbstmörder eine solche Sonderbeurteilung verlangt. Die Erörterung dieser Frage ist jedoch noch zurückzustellen.

Mag auch die Lehre Merkels nicht haltbar sein, so haben doch die ihr zugrunde liegenden Gedankengänge in weitem Kreise Anklang gefunden, wohl aus dem inneren Grunde, daß die Kollisionsfälle nicht ungelöst bleiben dürfen.

Stooß[12]) weist auf die „güterschützende Funktion" des ärztlichen Eingriffs hin. Ähnlich spricht Nathan[13]) von der „typisch-tatbestandsmäßigen Handlung in Übereinstimmung mit der schützenden Norm". Löffler, der zwar auch die Zwecktheorie in der Liszt'schen Fassung ablehnt, gelangt im Grunde zu demselben Ergebnis, indem er meint, jede Handlung, die den gleichen Endzweck wie die Norm im Auge habe, könne mit dieser Norm „vielleicht den Worten, aber nicht dem Sinne nach in Widerspruch treten"[14]). Hegler[15]) stellt das „Prinzip des wahren Wohls" als Rechtfertigungsgrund auf. Der Grundsatz der Güterabwägung wird ferner von Kohlrausch[16]), Philippsborn[17]), van Calker[18]) und Schickele[19]) herangezogen.

[12]) Stooß, ZStrW., Bd. 24, S. 319 ff.

[13]) Nathan, Strafr. Abhandl., Heft 206, S. 46 ff.

[14]) Löffler, VD., bes. Teil, Bd. 5, S. 246 ff.; vgl. hierzu M. E. Mayer, S. 285.

[15]) Hegler, ZStrW., Bd. 36, S. 19 ff., 42 ff.

[16]) Kohlrausch, StrGB., 28. Aufl., 1929, § 223, Anm. 2.

[17]) Philippsborn, Kranker u. Krankenhaus im Recht, 1920, S. 75 — unter Hinweis auf RGStr., Bd. 61, S. 242.

[18]) van Calker, Strafrecht und Frauenheilkunde, S. 20, allerdings mit der Beschränkung auf die Fälle, in denen die Einwilligung nicht erreichbar ist.

[19]) Schickele, Strafrecht und Frauenheilkunde, S. 5, mit der gleichen Einschränkung wie van Calker.

Diese Auffassungen scheinen zwar ein „überwiegendes" Interesse nicht vorauszusetzen. Tatsächlich besteht aber im Ergebnis kein Unterschied gegenüber der Merkel'schen Lehre. Die Betrachtungsweise ist dieselbe, gleichgültig, ob man von einem „überwiegenden" Interesse oder von dem „wahren Wohl" spricht, oder ob man die Erwägung anstellt, daß die begriffliche Verletzung eines Rechtsgutes unbeachtet bleiben könne, wenn in Wahrheit durch die verletzende Handlung das geschützte Gut gerade erhalten werden solle und auch meist erhalten werde. Nathan glaubt sagen zu dürfen: „Gesamtinteresse geht vor Individualinteresse" [20]).

Mag auch der Gedanke, daß das höhere unter mehreren Interessen in erster Linie zu berücksichtigen sei, nicht zu beanstanden sein, so sind die Schwierigkeiten bei Durchführung einer vergleichenden Bewertung, wie dargelegt worden ist, in vielen Fällen unüberwindlich.

Das vorstehende Zitat Nathans ist ein Beweis dafür, zu welchen unhaltbaren Folgerungen die Interessenabwägung verführen kann. Nach geltendem Recht kann der Satz, daß das Interesse der Gesamtheit dem Individualinteresse vorgehe, nicht anerkant werden. Richtig ist nur, daß bei guter und vernünftiger Gesetzgebung dieser Leitsatz nicht außer acht gelassen werden darf. Da er aber in der Allgemeinheit, wie er nach Nathan wirksam sein soll, keineswegs in unseren Gesetzen verankert ist, bedarf es besonderer Statuierung, um ihn im Einzelfalle zur Geltung zu bringen (z. B. im Falle des § 679 BGB.). Darüber hinaus darf der an und für sich fruchtbaren Erwägung nicht gefolgt werden. Sonst würde z. B. die Möglichkeit der Zwangsheilung von venerischen Erkrankungen nicht erst eines besonderen Gesetzes bedurft haben. Nach dem Grundgedanken des Rechtsstaates gibt es zu Gunsten der Individualinteressen Garantien gegenüber dem Allgemeininteresse.

Die Kollision von Allgemein- und Einzelinteresse ist ein originäres Rechtsproblem. Der Kampf um dieses Problem wird eine abschließende Lösung niemals finden, da er von Menschen geführt wird, deren Weltanschauungen — wie wir gegenwärtig besonders deutlich wahrnehmen — von verschiedenen Idealen und Beweggründen ausgeht und auch bei dem Einzelnen nicht unveränderlich ist. Um aber im Gemeinschaftsleben Konflikte nach Möglichkeit auszuschließen, muß man sich hüten, mit allgemeinen im Einzelfalle einleuchtenden Erwägungen, die gerade wegen der Interessenkollision festgesetzten Regeln des Gesetzesrechts aus den Angeln zu heben, es sei denn, daß sich eine allgemeine Übung und Rechtsüberzeugung gebildet hat, die dann allerdings zum Gewohnheitsrecht [21]) führen kann. Andernfalls besteht die Gefahr der Auflösung eines geregelten Rechtslebens.

Es kann deshalb Nathan nicht beigetreten werden, wenn er das eigenmächtige Vorgehen des Arztes in folgendem Falle für rechtmäßig erachtet: „Bei einem Patienten ist unbedingt ein Kehlkopfschnitt (Tracheotomie) erforderlich, andernfalls der Tod durch Ersticken eintritt. Der Patient verbietet den Eingriff des

[20]) Nathan, a. a. O., S. 49.

[21]) Vgl. unten, S. 50 ff.

Arztes; der Arzt nimmt trotzdem unter Anwendung von Gewalt den Eingriff vor und rettet so dem Patienten das Leben." Wie zu entscheiden wäre, wenn der Eingriff mißlingt, sagt Nathan nicht. Jedenfalls hat das Gelingen nichts mit der Frage zu tun, ob die dem Erfolg vorausgehende Handlung widerrechtlich ist oder nicht. Lediglich der Schaden könnte wegfallen. Zutreffend führt Zitelmann aus, daß das Gelingen eines Eingriffes ebensowenig wie die Kunstgemäßheit [22]) einen Einfluß auf die Beurteilung der Frage haben kann, ob eine widerrechtliche Körperverletzung vorliegt. Zitelmann weist auf einen von dem berühmten Albrecht von Graefe berichteten Fall hin, in dem jemand, der am Star litt, durch Fahrlässigkeit einen Stoß ins Auge erhielt mit dem merkwürdigen Erfolg, daß die getrübte Linse reinlich herausgestoßen wurde [23]). Soll hier der glückliche Verlauf des unvorsichtigen Verhaltens etwas daran ändern können, daß eine Körperverletzung [24]) und zwar eine widerrechtliche vorliegt?

Nathan wendet sich insbesondere gegen die Einwilligungstheorie, indem er feststellt, daß das Reichsgericht, das doch nur die Einwilligung als Rechtfertigung gelten lassen wolle, selbst nicht mit der Einwilligung auskomme. Dabei vermag er sich allerdings auf die nicht vollkommen einheitliche Beurteilung der Fälle zu berufen, in denen die Einwilligung nicht eingeholt werden kann.

An dem Erfordernis der Einwilligung ist grundsätzlich festzuhalten [25]). Es mag an das erinnert werden, was Bismarck in seinen Gedanken und Erinnerungen zu dem Plane bemerkt, den die Ärzte zur Heilung des nachmaligen Kaisers Friedrich II. gefaßt hatten. Bismarck sagt wörtlich: „. . . Dagegen gab es einen Moment, in dem eine Frage staatsrechtlicher Natur mich nötigte, in die Behandlung des Dulders einzugreifen, deren Geschichte übrigens die medizinische Wissenschaft angeht. Die behandelnden Ärzte waren Ende Mai 1887 entschlossen, den Kronprinzen bewußtlos zu machen und die Exstirpation des Kehlkopfs auszuführen, ohne ihm ihre Absicht angekündigt zu haben. Ich erhob Einspruch, verlangte, daß nicht ohne die Einwilligung vorgegangen und, da es sich um den Thronfolger handele, auch die Zustimmung des Familienhauses eingeholt werde. Der Kaiser, durch mich unterrichtet, verbot die Operation ohne Einwilligung seines Sohnes vorzunehmen" [26]).

[22]) Würde es darauf ankommen, ob der Eingriff kunstgerecht ausgeführt ist, so müßten auch vollständig überflüssige Eingriffe rechtmäßig sein, wenn der Arzt nur ordnungsmäßig verfährt. Vgl. Zitelmann, a. a. O., S. 81.

[23]) Zitelmann, a. a. O., S. 82.

[24]) Ob auch im strafrechtl. Sinne, kann hier dahingestellt bleiben.

[25]) Vgl. auch Flügge, S. 65, 66, und Spinner, S. 227; RG. in zahlreichen Entscheidungen, RGZ. 88/433, JW. 1911/449, Recht 1911 Nr. 1741, Gruch. 55/968, Seuff. Arch. 67, Nr. 58; Bay. OLG. v. 25. 11. 30 (JW. 1930, S. 2296).

[26]) Gedanken und Erinnerungen, Bd. 2, Kapitel 33.

Bismarck stellt sich danach vollkommen eindeutig auf den Standpunkt, daß kein noch so sorgsam erwogener und ausgeführter Heileingriff den Charakter des Verbotenen verliert, wenn die Einwilligung erreichbar ist. Auch der Kaiser als Monarch und Vorstand des Hohenzollernhauses vermag keine andere Entscheidung zu geben, obwohl damals der Eingriff nach der von dem Ärztegremium gestellten [27]) Diagnose sicherlich im Interesse des Kronprinzen und im Hinblick auf das jugendliche Alter des Prinzen Wilhelm auch im Interesse des Landes lag.

5.) Gewohnheitsrecht.

Zuerst ist es Oppenheim [1]) gewesen, der die Behauptung aufgestellt hat, es bestehe ein Gewohnheitsrecht des Arztes zur Vornahme von Heileingriffen. Oppenheim stellt etwa folgende Betrachtung an. Eine Heilkunde hat sich schon auf primitiver Kulturstufe entwickelt und ist seit unvordenklicher Zeit ausgeübt worden, lange bevor der Staat sein Augenmerk auf die Ausübung der Heilkunde richtete. Daß die Ärzte berechtigt seien, Eingriffe zu Heilzwecken vorzunehmen, sei dem Juristen und dem gesetzgebenden Faktoren, ja dem ganzen Volke niemals zweifelhaft gewesen. Bei diesem Stande der Dinge bedürfe es keiner Konstruktionen, um dieser Lebenserscheinung gerecht zu werden. Die einfachste und richtigste Lösung sei die nicht zu leugnende Tatsache, daß von jeher ein Gewohnheitsrecht bestanden habe [2]).

So wenig sich die Richtigkeit dieser kulturgeschichtlichen Betrachtung bestreiten läßt, so bedenklich ist der daraus gezogene Schluß. Denn von dem früheren Rechtszustande, vollends von dem Zustande, wie er zu einer Zeit bestand, in der von „Staat" und „Gesetzesrecht" kaum die Rede sein kann, läßt sich nicht ohne weiteres auf den gegenwärtigen Rechtszustand schließen. Seit der Zeit, in der Heileingriffe zuerst vorgenommen worden sind, bis zur Gegenwart hat sich das Recht von Rechtsvorstellungen, wie sie im Leben eines kleineren oder größeren Menschenkreises hervortreten mochten, zum differenzierten Recht des Rechtsstaates gewandelt. Mag auch unser Recht kein vollkommenes im Sinne eines geschlossenen Systems sein, so darf doch die Rechtsfindung nicht an den Sätzen des positiven Rechtes vorübergehen. Insbesondere darf nicht übersehen werden, daß ein etwa früher bestehendes Gewohnheitsrecht mit dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches aufgehoben worden ist. So hält

[27]) Die Diagnose lautete damals auf Karzinom, beruht aber nicht auf sicherer Grundlage. Vgl. K. L. Schleich, Besonnte Vergangenheit, gekürzte Ausgabe 1922, S. 158 ff.

[1]) Oppenheim, Das ärztliche Recht zu körperlichen Eingriffen an Kranken und Gesunden. — Für Gewohnheitsrecht treten außerdem ein Behr, GS. 62/400, 411; R. Schmidt, die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes . . .; Gerland, a. a. O., S. 121.

[2]) Oppenheim, a. a. O., S. 16, 17.

Radbruch[3]) für die strafrechtliche Seite des ärztlichen Eingriffs der Lehre von Oppenheim entgegen, daß das Strafgesetzbuch zwar die Entstehung eines neuen Gewohnheitsrechtes zulasse, aber ein etwa nachweisbares Gewohnheitsrecht zur Vornahme ärztlicher Eingriffe als solches neben sich nicht fortleben lasse[4]).

Es müßte sich also seit 1900 ein Gewohnheitsrecht neu gebildet haben. Ohne daß an dieser Stelle auf die Entstehungstatsachen des Gewohnheitsrechtes eingegangen werden soll, muß auf die ablehnende Haltung der Gerichte hingewiesen werden[5]). Ein allgemeines Recht des Arztes auf Vornahme von Heileingriffen hat insbesondere nicht die Anerkennung unseres höchsten Gerichtshofes gefunden —, und den Vorwurf wird man wohl dem Reichsgericht nicht machen können, daß es die etwa vorliegenden Tatsachen der Neubildung eines Gewohnheitsrechtes verkenne.

Übrigens macht Oppenheim selbst eine erhebliche Einschränkung, indem er sagt: „. . . jede Operation erfordert die spezielle Einwilligung des zu Operierenden als Bedingung“[6]). Geht man der Ansicht von Oppenheim weiter nach, so zeigt sich, daß auch für Oppenheim die Einwilligung allein regelmäßig die Kraft hat, die Rechtswidrigkeit auszuschließen.

Von dem oben vertretenen Standpunkt aus bedarf es aber keiner Anleihe bei dem Gewohnheitsrecht, um der Einwilligung ihren Einfluß zu sichern. Im Ergebnis besteht aber insoweit Übereinstimmung mit der Lehre von Oppenheim. Fraglich kann nur sein, ob ein Gewohnheitsrecht in den von Oppenheim bezeichneten Ausnahmefällen[7]) nachzuweisen ist. Neben dem Falle, in dem die schwere Verletzung eines Verunglückten die unverzügliche Behandlung seitens des Arztes erfordert, erörtert Oppenheim eine Reihe von Fallgestaltungen, in denen dem Arzt auch die Möglichkeit zum Eingreifen gegeben sein müsse. Wenn der Eingriff objektiv geboten sei, brauche der Arzt nicht einmal den entgegenstehenden Willen des Kranken zu berücksichtigen. Das soll auch gelten, „wenn ein glaubwürdiger Arzt auf Grund wissenschaftlicher Überlegung und nötigenfalls nach Versuchen an Tieren und evtl. auch an Menschen zu der Überzeugung kommt, ein Mittel sei ein Heilmittel“. Der Arzt habe hier das Recht, das so gefundene Mittel solange anzuwenden, bis eigene oder fremde Erfahrung von der Schädlichkeit des Mittels überzeuge[8]).

Abgesehen davon, daß ein Eingreifen gegen den Willen des verfügungsfähigen Kranken nicht gebilligt werden kann, — ein Gewohnheitsrecht dieses Inhaltes hat sich unzweifelhaft nicht gebildet —, ist es auch äußerst bedenklich,

---

[3]) Radbruch, Geburtshilfe und Strafrecht, S. 11.

[4]) Vgl. hierzu Jung, Arch. z. Pr. 118/33.

[5]) So auch von Liszt-Schmidt, § 35, Anm. 3c; ebenso Ebermayer, Der Arzt im Recht, S. 150.

[6]) Oppenheim, S. 22; ähnlich Frank, Vorbem. II, 3, vor § 223.

[7]) Vgl. Oppenheim, S. 21 ff.

[8]) Oppenheim, S. 25.

das Gewohheitsrecht an eine Reihe kaum übersehbarer Voraussetzungen zu knüpfen, wie sie nach Oppenheim maßgebend sein sollen. Denn darüber sollte kein Zweifel bestehen, daß das Gewohnheitsrecht als Rechtsnorm[9]) auch den Anforderungen genügen muß, die an einen Rechtssatz gestellt werden müssen. Auch das Gewohnheitsrecht verlangt Übersichtlichkeit und Klarheit.

Im übrigen ist für die Frage eines Gewohnheitsrechtes nur dann Raum, wenn der eigenmächtige ärztliche Eingriff nicht bereits nach den Bestimmungen des Gesetzes eine ausreichende Lösung erfahren hat. Das ist aber der Fall, wie im folgenden nachgewiesen werden soll. Lediglich bei der zunächst noch zurückzustellenden Frage der eigenmächtigen Behandlung des Selbstmörders könnte es auf eine gewohnheitsrechtliche Rechtfertigung des Arztes ankommen.

6.) Die Geschäftsführung ohne Auftrag.

Rosenberg[1]) hat als erster darauf hingewiesen, daß die Anwendung der Vorschriften des BGB. über die Geschäftsführnug ohne Auftrag zu einer brauchbaren Beurteilung des eigenmächtigen ärztlichen Eingriffs führe. Den fehlenden dogmatischen Unterbau hat Zitelmann[2]) den Gedanken Rosenbergs und anderer[3]) gegeben.

Das Verdienst Zitelmanns ist es, „eine allbekannte und doch bisher nicht genügend gewürdigte Rechtserscheinung in das rechte Licht gerückt zu haben“[4]). Dementsprechend hat seine Lehre zahlreiche Anhänger gefunden[5]).

Zunächst fragt es sich, ob der ärztliche Eingriff unter den Begriff der Geschäftsbesorgung fällt.

Im wesentlichen stehen sich zwei Hauptmeinungen über den Begriff der Geschäftsbesorgung gegenüber. Nach der einen bedeutet Geschäftsbesorgung jede Tätigkeit, die auf Erledigung irgendwelcher Angelegenheiten gerichtet ist.

---

[9]) Vgl. Artikel 2 EG., BGB.

[1]) Rosenberg, Strafbare Heilungen, ZStrW. 62/62 ff.

[2]) Zitelmann, Arch. z. Pr. 99/1 ff., insbes. S. 102 ff.

[3]) Hellwig, S. 99 ff.; Flügge, S. 62, 80 ff.

[4]) Fischer, Rechtsw., S. 283.

[5]) Ahrens, Strafrechtl. Abhandlungen, Heft 101; Galli, Recht 1905, S. 126 ff.; Fischer, a. a. O., S. 281 ff., und DJZ. 1926, S. 1282; von Hippel, die Bedeutung der Geschäftsführung ohne Auftrag. In der Festschrift zum 50jährigen Bestehen des RG., Bd. 5, S. 1 ff.; von Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 3, S. 883, 983; Enneccerus, Recht der Schuldverhältnisse, § 451, II, 3; von Tuhr, der Allgem. Teil des Bürgerl. Rechts, Bd. II, S. 470; Oertmann, Komm. Bd. II, § 823, Note 7; Heinrich Lehmann, Grundriß des Allg. Teils 1922, S. 212, 213; Elster, im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, S. 748; Honig, a. a. O., S. 165. Mit abweichender Formulierung Traeger, GS. 94/112 ff.; Heimberger, VDBes. Teil, Bd. 4, S. 24; Nagler, a. a. O., S. 362.

„Geschäft" im Sinne der §§ 677 ff. BGB. ist also gleich Angelegenheit im weitesten Sinne. Auch rein tatsächliche Handlungen fallen darunter [6]). Diese Auffassung vermag sich auf die Erörterungen gelegentlich der Vorarbeiten zum BGB. zu berufen. Nach den Motiven [7]) sind unter Geschäftsbesorgung alle tatsächlichen Dienstleistungen zu verstehen, nicht nur Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen.

Die Gegenmeinung nimmt an, der Begriff der Geschäftsbesorgung dürfe im Hinblick auf § 675 BGB. nicht auf Handlungen jeder Art ausgedehnt werden, weil sonst jeder Dienst- und Werkvertrag eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand haben müßte, was aber mit dem Wortlaut des § 675 („Dienst- oder Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Inhalt hat") nicht in Einklang zu bringen sei. § 675 stelle aber eine Sondernorm für eine Gruppe von Dienst- und Werkverträgen dar. Daß eine Einengung vom Gesetz gewollt ist, findet allerdings im Wortlaut der §§ 662, 675 und 677 eine Stütze, die sämtlich die gleichen Ausdrücke „Geschäft" und „Besorgen" verwenden. Diese Gleichförmigkeit, so wird gesagt, beruhe doch kaum auf einem Zufall.

Der Begriff der Geschäftsbesorgung wird allerdings nicht soweit eingeengt, daß unter Geschäft im Sinne des § 677 nur rechtsgeschäftliche oder ähnliche Handlungen begriffen werden könnten. Eine derartige Beschränkung würde jedenfalls mit der Vorschrift des § 682 unvereinbar sein, da hiernach auch ein Geschäftsunfähiger ein „Geschäft" zu besorgen vermag. Ferner könnte insoweit auf § 679 hingewiesen werden, wo der Fall geregelt ist, daß eine gesetzliche Unterhaltspflicht den Inhalt der Geschäftsbesorgung bildet. Die zur Erfüllung der Unterhaltspflicht bewirkten Leistungen sind aber zumeist tatsächlicher Natur, indem der Unterhaltspflichtige Nahrung und Kleidung gewährt.

Unter Berücksichtigung dieser Erwägungen verlangt deshalb die heute herrschende Meinung für § 677 nicht, daß ein Rechtsgeschäft oder eine rechtsgeschäftsähnliche Handlung vorliegt. Vielmehr sollen alle Handlungen rechtsgeschäftlicher und tatsächlicher Natur unter die §§ 677 ff. fallen, sofern sie nur die wirtschaftliche Lage des Geschäftsherrn berühren [8]).

---

[6]) Zitelmann, a. a. O., S. 104; Fischer, a. a. O., S. 281, 283 ff.; Enneccerus, § 385, II; Planck, § 677, Note 2a; § 675, Note 2; Windscheid-Kipp, Pandekten, Band II, S. 723; Brückmann, die Rechte des Geschäftsführers, S. 26.

[7]) Motive, Band 2, S. 527.

[8]) Oertmann, § 675 I b; Staub-Pinner-Koenige, Komm. z. HGB., Band III, § 362, Note 2; Cosack, BGB., Bd. I, § 143, II, 1; Leonhard, Kritische Viertel-Jahresschrift, 44/411; Staudinger, § 677, Note 2 a; § 675, Note 2 b; RGRäte Komm., Vorbem. 2, vor § 662, u. Vorbem. 2, vor § 677; Isay, S. 43 ff.; Dernburg, Bd. II, 2, § 293, IV; Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I (1903, S. 1080/1081; OLG. Celle, OLG. 12/273.

Neben dem Argument des § 675 soll für diese Einschränkung der Sprachgebrauch des Wortes „Geschäft" sprechen. Mag unter Geschäft auch in erster Linie eine Tätigkeit wirtschaftlicher Natur verstanden werden, so kann doch nicht behauptet werden, daß nach dem Sprachgebrauch Handlungen ohne diesen unmittelbaren wirtschaftlichen Einschlag niemals als Geschäfte bezeichnet würden [9]). Gegenüber der Heranziehung des § 675 ist vor allem hervorzuheben, daß diese Bestimmung, wie sich aus den Protokollen [10]) ergibt, erst nachträglich in das Gesetz eingeschoben worden ist [11]).

Ein Beweisgrund für die Auslegung des Begriffes „Geschäft" im Sinne von Angelegenheit läßt sich auch aus der Vorschrift des § 831 herleiten [12]): Hier ist in Absatz 1 von „Verrichtung" und gleichzeitig von „Geschäftsherr" die Rede. Der „Geschäftsherr" ist also als Herr über die „Verrichtung" gedacht, so daß eine Gleichstellung von „Verrichtung" und „Geschäft" zulässig erscheint. Unter den Begriff „Verrichtung" fallen aber zweifellos Handlungen tatsächlicher und rechtlicher Natur [13]).

Trappenberg-Scheurel [14]) hebt hervor, daß sich die §§ 662, 677 von § 675 grammatisch unterscheiden, indem hier das Substantivum „Geschäftsbesorgung", dort dagegen das Verbum „besorgen" verwendet worden sei. Daraus ist aber m. E. ein Schluß auf die inhaltliche Reichweite dieser Vorschriften nicht zu ziehen. Zutreffend weist aber Trappenberg-Scheurel an Hand einiger Beispiele nach, daß sich das Gesetz des gleichen Ausdrucks mehrfach für vollkommen verschiedene Begriffe bedient. So z. B. ist der Anfechtungsbegriff nach BGB. und Anfechtungsgesetz ein durchaus verschiedener.

Jedenfalls ist unter „Geschäft" im Sinne des § 677 nicht mit zwingender Notwendigkeit das Gleiche zu verstehen, was sich für § 675 bei Berücksichtigung der Ausgestaltung dieser Geschäftsbesorgung ergibt. Auch ist nicht einzusehen, weshalb das Gesetz, das bei Regelung der Geschäftsführung ohne Auftrag von dem Gedanken der „Menschenhilfe" (Kohler) ausgeht [15]), nur solche Handlungen begrüßen und fördern sollte, die wirtschaftlich den Nächsten berühren. Dem Gehalt unserer Rechtsordnung entspricht es, wenn

---

[9]) Gegen die Heranziehung des Sprachgebrauchs, der überhaupt nicht einwandfrei festzustellen sei, auch Staub-Pinner-Koenige, a. a. O.

[10]) Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerl. Gesetzbuches 1898, Bd. 2, S. 376.

[11]) Leonhard, Lehrbuch in kurzen Sätzen 1923, S. 85, und Hein, Vorlesung, Halle, W., S. 27/28, unterscheiden deshalb auch zwischen § 675 (wirtschaftliche Leistung geistiger Art) und §§ 662, 677 (Angelegenheit).

[12]) So auch Trappenberg-Scheurel, S. 5.

[13]) Enneccerus, § 459, II, 1.

[14]) Trappenberg-Scheurel, a. a. O.

[15]) Zitelmann, S. 105, Jung spricht in Übereinstimmung mit Krapotkin von „gegenseitiger Hilfe". Vgl. Jung, Arch. z. Pr. 118/86.

unter Geschäftsbesorgung jede tatsächliche Handlung und damit auch der ärztliche Eingriff verstanden wird.

Wer gegen diese weitgehende Auslegung Bedenken hegt, wird sich wenigstens zu einer analogen Anwendung verstehen müssen, „sollte nicht eine empfindliche Lücke bestehen“ [16]) [17]).

Damit ist aber noch nicht die Frage beantwortet, ob durch die Geschäftsführung ohne Auftrag die Widerrechtlichkeit ausgeschlossen ist.

Zitelmann meint, aus der ganzen Behandlung der auftragslosen Geschäftsführung gehe hervor, daß es in der Absicht des Gesetzgebers liege, diese „Menschenhilfe“ zu fördern, nicht aber zu bekämpfen. Es sei also „undenkbar“, daß er — (der Gesetzgeber) — sie als etwas Rechtswidriges ansieht, was ja bedeuten würde, daß er sie verbiete. Das hieße „in einem Atem ja und nein sagen“ [18]). Außerdem sei der Geschäftsführer, nachdem er das Geschäft einmal übernommen habe, nach § 677 auch zur Führung des Geschäftes verpflichtet. Bei Nichterfüllung dieser Verpflichtung drohe dem Geschäftsführer sogar eine Schadensersatzpflicht. Ebensowenig wie die Erfüllung dieser Verpflichtung könne aber die im Rahmen des § 678 erfolgte Übernahme widerrechtlich sein. Denn § 678 knüpfe unter bestimmten Voraussetzungen an die Übernahme des Geschäfts eine Schadensersatzpflicht, nämlich wenn der Geschäftsführer bei der Übernahme habe erkennen müssen, daß sein Vorhaben nicht mit dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn übereinstimme. Aus dieser Bestimmung sei der unabweisbare Schluß zu ziehen, daß eine Haftung des Geschäftsführers wegen sonstiger bei der Übernahme vorliegender Umstände nicht bestehe. Wenn aber hier die Ersatzpflicht ausgeschlossen sei, so sei es widersinnig, auf dem Umweg über die unerlaubte Handlung schließlich doch wieder zur Bejahung der Haftung zu gelangen. Dieses Ergebnis, wonach eine Schadensersatzpflicht weder aus Vertrag noch aus unerlaubter Handlung gegeben sei, berechtigte zu dem Schluß, daß für Annahme der Widerrechtlichkeit kein Raum sei [19]).

Gegen diese Beweisführung hat vor allem Planck [20]) Bedenken erhoben, die von Staudinger [21]) u. a. geteilt werden. Planck beruft sich auf die Entstehungsgeschichte der Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag,

---

[16]) Zitelmann, S. 104.

[17]) Für analoge Anwendung Oertmann, Vorbem. 2 vor § 662, und Vorbem. 2 vor § 677; ebenso RGRäte Komm., Vorbem. 2 vor § 662.

[18]) Zitelmann, S. 105.

[19]) Zitelmann, S. 105, 106. Vgl. auch die S. 52, Note 5 dieser Arbeit Zit.

[20]) Planck, Vorbem. V, 11. Titel.

[21]) Staudinger, § 678, Note 5. Ebenso Geider, S. 33; Hegler, ZStrW. 36/42; Meyer-Allfeld, S. 144, Anm. 50; Sauer, Grundlagen . . . S. 334 ff., 339; Mezger, GS. 89/293; Kohlrausch in Aschrott-Kohlrausch, Reform, S. 20.

wonach nur die obligatorischen Beziehungen zwischen dominus und gestor geregelt werden sollten. Daß durch die nützliche Geschäftsführung die objektive Widerrechtlichkeit eines Eingriffs in einen fremden Rechtskreis ausgeschlossen werde, sei weder aus den §§ 677, 678 noch aus einer anderen Vorschrift des Gesetzes zu entnehmen. Mangels einer solchen Bestimmung verbiete sich aber die Annahme, daß an den allgemeinen Grundsätzen etwas geändert sei, nach denen die Verletzung eines der im § 823 bezeichneten Rechtsgüter widerrechtlich sei. Dieses Ergebnis sei indessen auch gar nicht so hart. Denn wenn wirklich eine nützliche Geschäftsführung vorliege, trete zumeist kein Schaden ein, und wenn schon ausnahmsweise auch ein Schaden entstanden sei, so werde doch der Geschäftsherr nicht gegen den Geschäftsführer vorgehen, der doch nur seinem Willen habe entsprechen wollen.

Diese Gedankengänge Plancks sind nicht unangefochten geblieben. Enneccerus[22]), der sich im übrigen Zitelmann anschließt, betont vor allem die scharfe Unterscheidung, die das Gesetz zwischen Übernahme und Ausführung der Geschäftsführung treffe. Die Übernahme stelle noch keinen Eingriff in fremde Rechte dar.

Fischer[23]) wendet sich gegen die Konsequenzen, die nach der Auffassung von Planck unausbleiblich eintreten müßten. So müsse man die Notwehr gegenüber der nützlichen Geschäftsführung für zulässig halten, ein unmögliches Ergebnis, wie an Hand folgenden Beispiels deutlich werde: Ein Gutshof gerät während der Abwesenheit der Herrschaft in Brand. Die Nachbarn eilen herbei und beginnen, den Brand zu löschen. Würde mit Planck die Hilfeleistung einen rechtswidrigen Eingriff in die Rechtssphäre der Gutsherrschaft darstellen, so müßte die „treue“ Dienerschaft berechtigt sein, in Ausübung der Notwehr gegen den widerrechtlichen Angriff die Löschenden, wenn nötig, mit Gewalt an ihrem Hilfswerk zu hindern. Jedes Gesindel könne sich auf diese Weise zum Beschützer von fremden Hab und Gut aufwerfen, um in Wahrheit die von anderer Seite geleistete wirkliche Hilfe zuschanden zu machen. Im übrigen weist Fischer ebenso wie Zitelmann darauf hin, daß die auftragslose Geschäftsführung nicht auf dem wirklichen oder fingierten Willen des Geschäftsherrn beruht, sondern von dem unserer Rechtsordnung innewohnenden Gedanken der „Menschenhilfe“ getragen sei. Die Geschäftsführung gehe deshalb nicht nur die von ihr unmittelbar Getroffenen an, sondern müsse auch im Verhältnis zur Gesamtheit wirksam sein, die es nicht hinnehmen könne, daß der Helfer mit dem Makel der Rechtswidrigkeit gebrandmarkt werde.

Die Ausführungen Fischers verdienen Beifall, wenngleich auch der Rückgriff auf die der auftragslosen Geschäftsführung zugrundeliegende Tendenz, die gegenseitige Hilfe der in einer Gemeinschaft Lebenden zu fördern, mehr philosophischer Natur ist und insofern nicht viel gegenüber dem von Planck festgestellten Mangel einer einschlägigen gesetzlichen Stellungnahme zu besagen vermag.

---

[22]) Enneccerus, § 451, Note 36.

[23]) Fischer, Rechtswidrigkeit, S. 284 ff.

Zur Stützung der Lehre Zitelmanns weist Trappenberg-Scheurel[24]) auf § 683 hin, der dem gestor wie einem Beauftragten einen Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen gewähre, vorausgesetzt, daß Übernahme des Geschäfts dem Interesse und Willen des Geschäftsherrn entspreche. Niemals sei es denkbar, daß aus einem rechtswidrigen Verhalten ein Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen erwachse, daß also der rechtswidrig Handelnde gewissermaßen noch eine Belohnung erhalte. Dem kann nicht zugestimmt werden. Wenn hinsichtlich der Aufwendungen von Belohnung gesprochen wird, so ist schon dieses nicht ganz zutreffend. Auch ist es denkbar, daß ein widerrechtliches Verhalten mit einem Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen ausgestattet wird. Stellt z. B. die Spezifikationstätigkeit eine unerlaubte Handlung dar, so hat der Verletzte nicht nur einen Anspruch auf Wertersatz. Er kann vielmehr darüber hinaus die Wiederherstellung des früheren Zustandes verlangen. Sind aber mit der die unerlaubte Handlung enthaltenden Spezifikationstätigkeit Verwendungen auf die Sache gemacht worden, so muß der Verletzte die Verwendungen erstatten. (§ 850 BGB.) Dazu folgendes Beispiel: Die Maler A und B haben ein gemeinsames Atelier. A, der schon lange die Absicht hegt, ein Motiv seines Kollegen zu verwenden, das er glaubt, gut absetzen zu können, benutzt eines Tages die Abwesenheit des B, um seinen Plan auszuführen. Da er gerade selbst keine geeignete Leinwand mehr hat, tritt er vor eine Staffelei des B, auf der eine ungebrauchte Leinwand steht, und fertigt nach dem gewählten Vorbild des B. ein Gemälde an. — A. hätte das Eigentum des B. verletzt[25]). Er müßte die Leinwand nach §§ 823, 249 BGB. wieder herausgeben und an B. zurückübertragen. Er würde aber, weil die widerrechtliche Verarbeitung eine Verwendung enthält[26]), nach § 850 BGB. einen Anspruch auf Erstattung der verwendeten Farbe haben. Ein Zurückbehaltungsrecht steht ihm allerdings nicht zur Seite. (Vgl. §§ 1000, 1001, 1002)[27]).

Die Möglichkeit eines Erstattungsanspruches steht also der Widerrechtlichkeit nicht entgegen.

M. E. läßt sich die Lehre Zitelmanns durch folgenden Gedankengang stützen. Daß der Geschäftsführer nach § 677 BGB. zur Führung des Geschäfts verpflichtet ist, besagt an und für sich nichts gegen die Widerrechtlichkeit, wenn man sich vor Augen hält, daß die Geschäftsführung ohne Auftrag gewissermaßen an die Stelle eines auf Vornahme des Eingriffs gerichteten Vertrages tritt. Mag ein solcher Vertrag auch frei von Verstößen gegen die

---

[24]) Trappenberg-Scheurel, S. 10. Vgl. auch Zitelmann, die Haftung . . . S. 17.

[25]) Übrigens würde auch eine Verletzung des Urheberrechtes des B. („sonstiges Recht“) und ferner die Verletzung eines Schutzgesetzes (§ 246 StGB., § 32 des Gesetzes betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie vom 9. 1. 1907) vorliegen.

[26]) Enneccerus, I, 2, § 461, II, 3.

guten Sitten sein, so gibt er doch kein Recht auf Vornahme des Eingriffs. Es bedarf neben dem Vertrag stets noch der Einwilligung, die allerdings häufig mit dem Vertrag zusammenfällt. Begrifflich ist aber die Einwilligung vom Vertrag zu scheiden.

Auch nach dem Vertrag besteht eine Verpflichtung zur Vornahme des Eingriffs, andernfalls die Folgen der Nichterfüllung eintreten. Die Verpflichtung zur Vornahme des Eingriffs ist aber aufschiebend bedingt durch Erteilung der Einwilligung. Willigt der Patient nicht ein, so ist die Verpflichtung nicht entstanden.

Bei der Geschäftsführung ohne Auftrag ist es von vornherein klar, daß die Bedingung nicht eingetreten ist. Wenn das Gesetz trotz Fehlens der Einwilligung den Arzt zur Vornahme des Eingriffs verpflichtet und trotzdem Schadensersatz androht, so sieht es bewußt von dem Erfordernis der Einwilligung ab, um an deren Stelle die Voraussetzungen der §§ 677, 678 zu setzen. Sind diese erfüllt, so handelt der Arzt nicht widerrechtlich [28]).

Im übrigen bestehen keine besonderen rechtlichen Schwierigkeiten hinsichtlich der Anwendung der Geschäftsführung ohne Auftrag auf die ärztliche Tätigkeit. Die nützliche Geschäftsführung setzt zunächst voraus, daß der Arzt „für einen anderen“ tätig wird. (§ 677.) Der Arzt muß also die Interessen des Patienten wahren. Er darf nicht lediglich eigennützig handeln. Daß er neben dem Interesse des Patienten auch sein eigenes verfolgt, indem er an sein Honorar denkt, ist unschädlich. „Für einen anderen“ tätig werden, bedeutet nicht etwa, daß der Arzt nur das tun dürfte, was der Patient auch selbst tun könnte [29]).

Die Übernahme der Geschäftsführung muß sich mit dem „wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn“ decken. Entscheidend ist also in erster Linie die erkennbare Stellungnahme des dominus. Ist eine solche nicht ersichtlich, so hat der gestor zu prüfen, ob sein Vorhaben dem mutmaßlichen [30]) Willen des dominus entspricht. Der Arzt muß sich dann also die Frage vorlegen: Wie würde sich der Kranke entschieden haben, wenn er Gelegenheit gehabt hätte, seiner Meinung Ausdruck zu geben? Anhaltspunkte für die Beantwortung dieser Frage können sich aus der Persönlichkeit und den Verhältnissen des Kranken ergeben [31]). Eine allgemeingültige Regel über die maßgebenden Gesichtspunkte läßt sich bei der Verschiedenheit der Verhältnisse nicht aufstellen. Daß ein Eingriff im Interesse des Kranken dringend erforderlich ist, läßt noch

[28]) Im Ergebnis zustimmend Oertmann, Vorbem. II vor § 677, von Hippel, Die Bedeutung . . . S. 4 ff.; Otto von Gierke, a. a. O., S. 883. Anm. 2; Titze, Recht der Schuldverhältnisse 1926, S. 116.

[29]) Zitelmann, a. a. O., S. 112, Die Haftung des Arztes, S. 16, 17; Isay, a. a. O., S. 47 ff.

[30]) Vgl. hierzu Traeger, GS. 94/159, und Ahrens, a. a. O., S. 26.

[31]) Beispiele bei Flügge, S. 66.

keinen sicheren Rückschluß auf das Einverständnis des Kranken zu. Allerdings wird dieses im allgemeinen dann ohne Schuld vermutet werden können, wenn der beabsichtigte Eingriff das einzige Mittel zur Rettung aus schwerer gesundheitlicher Gefahr ist. Aber selbst bei Lebensgefahr wünscht der Kranke mitunter keine ärztliche Hilfe, sei es daß er überhaupt kein Vertrauen in das ärztliche Können setzt, sei es daß er sich oder seine Familie nicht mit den für seine Verhältnisse unerschwinglichen Kosten belasten will.

Der Arzt hat also weitestgehend die individuellen Interessen des Kranken zu erforschen und zu prüfen, ob der Eingriff dessen Einstellung entspricht.

Der so ermittelte wirkliche oder mutmaßliche Wille vermag den Arzt jedoch dann nicht zu decken, wenn der Patient in dem beabsichtigten Eingriff wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten nicht wirksam einwilligen könnte [32].

Die Geschäftsführung ist also nur dann rechtmäßig, wenn sie mit dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des dominus in Einklang steht. Durch dieses Erfordernis soll die Gefahr einer Bevormundung des Einzelnen vermindert werden. Das Gesetz konnte sich des weiteren darauf beschränken, die rechtmäßige Ausführung des Geschäftes in der Hauptsache davon abhängig zu machen, daß das Interesse des dominus gewahrt wird, wobei nun allerdings der gestor auch nicht vollkommen freie Hand haben soll. Vielmehr ist neben dem Interesse auch der wirkliche oder mutmaßliche Wille des dominus zu berücksichtigen. Es genügt demnach nicht, daß der Arzt den Eingriff so ausführt, wie er seiner Ansicht nach dem Kranken am förderlichsten ist. Der Arzt muß auch die anzuwendende Behandlungsmethode der Neigung des Patienten anpassen.

Daß es grundsätzlich keine Behandlungspflicht des Patienten gibt, ist bereits mehrfach hervorgehoben worden. Auch der Umweg über die Geschäftsführung ohne Auftrag kann deshalb nicht dazu führen, daß von der Einwilligung abgesehen wird, wo sie erreichbar ist. Mögen auch alle Voraussetzungen der auftragslosen Geschäftsführung vorliegen, so hat der gestor trotzdem die Entschließung des dominus abzuwarten, wenn nicht mit dem Aufschub eine Gefahr für den Patienten verbunden ist (§ 681, Abs. 1, Satz 1).

Unter Anwendung dieser Grundsätze läßt sich der Fall befriedigend lösen, in dem der schwerverletzte Patient wegen Bewußtlosigkeit oder infolge anderer Umstände, die in seinem Zustand begründet sind, die Einwilligung nicht zu erteilen vermag.

Von Wichtigkeit für die Frage der Rechtmäßigkeit des ärztlichen Eingriffs ist noch die Vorschrift des § 679, worin das Gesetz ausnahmsweise den entgegenstehenden Willen des Geschäftsherrn für unbeachtlich erklärt, „wenn ohne die Geschäftsführung eine Pflicht des Geschäftsherrn, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt, oder eine gesetzliche Unterhaltspflicht des Geschäftsherrn nicht rechtzeitig erfüllt werden würde“. Da zum Unterhalt auch die Gewährung von

---

[32]) Zitelmann, Arch. z. Pr. 99/108, 109.

ärztlicher Behandlung im Krankheitsfalle gehört, so darf der Arzt an einem kranken Kinde den erforderlichen Eingriff auch gegen den Willen des gesetzlichen Vertreters vornehmen, vorausgesetzt, daß Gefahr im Verzug ist [33] [34]). Eine besondere Rolle spielt der § 679 bei der später noch zu behandelnden Frage, ob der Arzt einen Eingriff an einem Lebensmüden ohne dessen Einwilligung vornehmen darf.

Für die Beurteilung ärztlicher Eingriffe bildet die Geschäftsführung ohne Auftrag das unentbehrlche Gegenstück der Einwilligung. Beide Rechtfertigungsgründe ergänzen sich und ermöglichen es, die Frage der Rechtmäßigkeit ärztlicher Eingriffe in einer dem Rechtsempfinden entsprechenden Weise zu lösen.

B) Der ärztliche Eingriff zur Rettung des Selbstmörders.

1. Die Geschäftsführung ohne Auftrag.

Wie gezeigt worden ist, läßt der Regeltatbestand der Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677, 678 BGB.) die Frage der Widerrechtlichkeit einer Rechtsgüterverletzung von dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Betroffenen abhängig sein. Der Wille des dominus ist lediglich in dem Ausnahmefall des § 679 unbeachtlich. Liegen die hier erforderten besonderen Voraussetzungen vor, so darf der gestor auch gegen den Willen des dominus tätig werden.

Der Arzt, der den Versuch macht, durch seine Kunst den Selbstmörder der Lebensgefahr zu entreißen, kann sich regelmäßig nicht darauf berufen, daß sein Versuch dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Lebensmüden entspricht. Allerdings ändert dieser mitunter nach mißlungenem Selbstmordversuch seine ursprünglich Absicht, aus dem Leben zu scheiden. Kommt der Selbstmörder mit dem Leben davon, so besteht erfahrungsgemäß die Gefahr einer Wiederholung des fehlgeschlagenen Versuches. Jedoch gibt es auch Ausnahmen von dieser Erfahrung, indem der Lebensmüde nach erstmaligem fruchtlosen Versuch diesen endgültig aufgibt. Dieser freilich weniger häufige Fall kommt selbst dann vor, wenn der erste Versuch schwere Folgen, z. B. die völlige Erblindung nach sich gezogen hat. Man fragt sich unwillkürlich, wie ein derartiges Verhalten zu erklären ist. Zwei Möglichkeiten kommen hier in Frage. Der Lebensmüde hat entweder keinen Mut mehr zu einem neuen Selbstmordversuch, oder aber er verwirft sein früheres Verhalten.

Für den Arzt, der zum Selbstmörder gerufen wird, steht es also nicht unwiderleglich fest, daß ein Lebenswille nicht mehr vorhanden ist. Er muß aber damit rechnen, daß der schwer verletzt und bewußtlos vor ihm Liegende sterben will. Nimmt er nun einen Eingriff vor, um den Verletzten zu retten, so handelt er ganz bewußt gegen dessen Willen. Sein Eingriff kann also nicht mit Hilfe der §§ 677,

---

[33]) Zitelmann, a. a. O., S. 113, und die Haftung . . ., S. 18; von Bar, GS., 60/105 ff.; Stooß, a. a. O., S. 30 ff.

[34]) Es bedarf deshalb nicht des von der Praxis mitunter eingeschlagenen Ausweges, zunächst einen Pfleger bestellen zu lassen, der dann in der Lage ist, die Einwilligung zu erteilen. Vgl. Ebermayer, der Arzt im Recht, S. 152.

678 BGB. gerechtfertigt werden. Dies wird allgemein von den Autoren anerkannt, die zur Beurteilung des eigenmächtigen ärztlichen Eingriffs auf die Vorschriften der Geschäftsführung ohne Auftrag zurückgreifen. Allein Rosenberg[1]) meint, der schwerverletzte Selbstmörder habe doch nicht die Absicht, auf unbestimmte Zeit im Todeskampf zu liegen. Der Arzt dürfe deshalb präsumieren, daß der Schwerverletzte ärztliche Hilfe wünsche. Rosenberg geht aber insofern nicht ganz folgerichtig vor, als er den § 679 heranziehen will, wonach es gerade auf den Willen des Betroffenen nicht ankommt. Im übrigen weist er darauf hin, daß ein öffentliches Interesse den Eingriff gebiete, da der Lebensmüde doch nicht hilflos in der Öffentlichkeit liegen bleiben dürfe.

Demgegenüber muß zunächst darauf hingewiesen werden, daß der Selbstmörder vielfach nicht in der Öffentlichkeit Hand an sich legt. Aber auch für die Fälle, in denen sich der Selbstmordversuch in der Öffentlichkeit abspielt, kann Rosenberg nicht zugestimmt werden. Denn bei Gefährdung der öffentlichen Ordnung ist nicht jeder beliebige Staatsbürger zum Einschreiten befugt. Dieses ist vielmehr die Aufgabe der Polizei. Deren Maßnahmen haben sich zudem auf das notwendige Maß zu beschränken. Liegt also der Selbstmörder irgendwo im Freien, so hat die Polizei lediglich dafür Sorge zu tragen, daß der Verletzte aus der Öffentlichkeit entfernt wird, womit die Quelle der Beunruhigung des Publikums beseitigt ist.

Zitelmann[2]) untersucht ebenfalls, ob eine Rechtfertigung des Arztes mit Hilfe des § 679 möglich ist. Zutreffend hebt er hervor, daß eine Rechtspflicht gegeben sein muß. Gleichgültig ist es, ob die Rechtspflicht auf Gesetz oder Vertrag beruht[3]). Die Erfüllung der Pflicht muß „im öffentlichen Interesse" liegen. Wie Zitelmann bemerkt, ist hier eine einengende Auslegung geboten. Es muß sich also um ein starkes, dringendes Interesse handeln. Das mittelbare Interesse, das die Öffentlichkeit, d. h. die durch eine Rechtsgemeinschaft Verbundenen an der Erfüllung einer jeden Rechtspflicht haben, genügt nicht. Recht ist immer etwas, das nicht von den Interessen der Allgemeinheit losgelöst werden kann. Weiter ist eine gewisse „Gefahr im Verzug" erforderlich, indem das Gesetz darauf abstellt, daß die Pflicht ohne das Eingreifen des Geschäftsführers nicht rechtzeitig erfüllt werden würde.

Eine Rechtspflicht, sich am Leben zu erhalten, gibt es nach unserem Recht sicherlich nicht[4]). Ebensowenig läßt sich eine allgemeine Rechtspflicht des Einzelnen, für seine Gesunderhaltung zu sorgen, nachweisen. Zweifelhaft ist es auch, was Zitelmann glaubt behaupten zu dürfen, daß ein unmittelbares starkes Interesse der Öffentlichkeit an der Gesunderhaltung des Einzelnen gegeben

---

[1]) Rosenberg, S. 76.

[2]) Zitelmann, Arch. z. Pr. 99/114, 116 ff., und die Haftung ..., S. 18.

[3]) Staudinger und Planck zu § 679.

[4]) Zitelmann, Arch. z. Pr., 99/116; Trappenberg-Scheurel, S. 12, mit ausführlichen Nachweisen.

ist [5]). Wenn Trappenberg-Scheurel insoweit auf das Gesetz zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten verweist, so muß betont werden, daß es sich hier ersichtlich um eine Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatz handelt, nach dem der Einzelne das ausschließliche Selbstbestimmungsrecht besitzt und nach seinem Belieben sich ärztlicher Behandlung unterwerfen kann oder nicht [6]). Das bezeichnete Gesetz hat weniger das Bestreben, den einzelnen Erkrankten zwangsweise mit der Wohltat der Heilung zu bedenken, als die noch nicht erkrankten Volksgenossen vor Ansteckung zu schützen.

Es könnte auch daran gedacht werden, daß der Selbstmörder die ihm seiner Familie gegenüber obliegende Unterhaltspflicht verletzt, und der ihn rettende Arzt somit die weitere Erfüllung der Unterhaltspflicht ermöglicht. Entscheidend ist aber, daß die Tätigkeit des Arztes unmittelbar nicht die Erfüllung einer Unterhaltspflicht darstellt. Es geht auch nicht an, auf diesem Umwege schließlich doch zur Bejahung einer auf Erhaltung des Lebens gerichteten Rechtspflicht zu gelangen.

Ausschlaggebend ist schließlich für Zitelmann, daß der Selbstmord nach unseren Anschauungen verwerflich sei, und deshalb eine analoge Anwendung des § 679 zulässig erscheine [7]). Demgegenüber weist aber Trappenberg-Scheurel zutreffend auf den völligen Wandel der Anschauungen hin, der sich seit der Aufklärung in Deutschland vollzogen hat, so daß man nach den gegenwärtig geltenden Rechtsanschauungen den Selbstmord als rechtlich indifferent ansprechen müsse. Jedenfalls sei der Selbstmord nicht in allen Lagen verwerflich [8]).

Somit läßt sich der ärztliche Eingriff am Selbstmörder nicht mit Hilfe der auftragslosen Geschäftsführung rechtfertigen.

Planck [9]), der zu dem gleichen Ergebnis kommt, begnügt sich mit der Erwartung, daß der vom Arzt ins Leben Zurückgerufene, von neuem Lebenswillen beseelt, dem Arzt dankbar sei oder wenigstens seine Rettung billige. Er werde dann weder zivil- noch strafrechtlich gegen den Arzt vorgehen. Ob diese Erwartung in der Mehrzahl der Fälle zutrifft, ist zweifelhaft. Auch die weitere Erwägung Plancks, häufig könne der Wille des Selbstmörders außer acht bleiben, weil der Selbstmörder in geistiger Umnachtung Hand an sich gelegt habe, erscheint nicht stichhaltig. Auf der strafrechtlichen Seite würde man allerdings damit zu dem erfreulichen Ergebnis kommen, daß der Arzt nicht bestraft werden kann, weil ihm sein Glaube an die Geistesgestörtheit des Selbstmörders nicht widerlegt werden kann. Für das Zivilrecht würde allerdings der Arzt beweispflichtig sein, sofern er sich nicht auf erweisliche Umstände beziehen kann, die prima facie die Geistesstörung handgreiflich machen und damit praktisch die

[5]) Zitelmann, a. a. O., S. 116; Trappenberg-Scheurel, S. 15, 16.

[6]) Vgl. oben, S. 41, 46.

[7]) So auch Enneccerus I, 2, § 386, Anm. 5.

[8]) Trappenberg-Scheurel, S. 19.

[9]) Planck, § 679, Note 2 b.

Beweislast umkehren. Auch wenn man Planck uneingeschränkt folgt, bleiben zahlreiche Selbstmordfälle übrig, in denen die Haftung des Arztes bejaht werden müßte, wenn sich nicht auf anderem Wege der Nachweis führen läßt, daß der Heileingriff am Selbstmörder nicht widerrechtlich ist.

2. Die Güterabwägung.

Auch dem Selbstmörder ist von unserer Rechtsordnung ein weitreichendes Selbstbestimmungsrecht gewährleistet. Wie oben bei der allgemeinen Beurteilung ärztlicher Eingriffe zeigt sich auch hier die Schwierigkeit, eine rechtliche Grundlage zu finden, die es gestattet, das Selbstbestimmungsrecht zu durchbrechen. Oben war letzten Endes die von der Rechtsordnung gebilligte Erwägung ausschlaggebend. daß das Freiheitsrecht im Grunde unangetastet bleibt, wenn der Arzt sich der Einstellung und den Belangen des Patienten anpaßt. Bei der Behandlung des Selbstmörders ist dagegen der Willenswiderspruch seitens des Selbstmörders durch keine Erwägung wegzudenken. Es versagt auch die Möglichkeit, nachzuweisen, daß dieser entgegenstehende Wille generell unbeachtlich ist. Um dennoch zur Rechtfertigung des gegen den Willen des Selbstmörders vorgenommenen Eingriff zu gelangen, muß die Untersuchung einen Weg einschlagen, der unter vollster Anerkennung des Selbstbestimmungsrechts des Einzelnen den Nachweis erbringt, daß der Eingriff trotzdem nicht dem Unwerturteil verfällt.

Es kommen hier alle die oben bereits erörterten Rechtfertigungsgründe in Betracht, die ihren Wirkungsgrund nicht aus der Willensrichtung des von dem Eingriff Betroffenen herleiten. Ein Berufsrecht des Arztes zur Vornahme von Eingriffen ohne und gegen den Willen des Patienten läßt sich nicht nachweisen. Es versagt deshalb auch hier.

In zweiter Linie ist zu untersuchen, ob eine Rechtfertigung des Arztes mit Hilfe der Gedanken möglich ist, die oben unter der Bezeichnung „Zwecktheorie“ zusammengefaßt worden sind. Der Heilzweck, obschon vom Staat gefördert und begünstigt, kann keinen Vorrang vor dem Selbstbestimmungsrecht beanspruchen. Vom Zweck des ärztlichen Eingriffs ausgehend, wurde die Frage der Interessenkollision erörtert. Das Ergebnis dieser Erörterung mag in Kürze wiederholt werden. Weniger schwere Bedenken bestehen insofern, als die Anerkennung des Prinzips des überwiegenden Interesses aus dem Gesetz mit Sicherheit nicht hergeleitet werden kann. Vor allem aber blieb zweifelhaft, ob sich die verschiedenen mit einander in Kollision tretenden Interessen einer vergleichenden Bewertung mit dem Erfolg unterwerfen lassen, daß ein bestimmtes Rechtsgut oder Interesse festgestellt werden kann, das einwandfrei den übrigen in Betracht kommenden Interessen vorgeht. Das Interesse des Staates an der Gesunderhaltung der Staatsbürger stand dem Interesse des Einzelnen an Erhaltung der körperlichen Integrität und Willensfreiheit gegenüber. Von bestimmten Ausnahmen auf Grund besonderer Gesetze abgesehen, erwies sich das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen nach dem Werturteil unserer Rechtsordnung als ein so mächtig ausgestaltetes Gut, daß ihm nicht unter Anstellung von Nützlichkeitserwägungen Eintrag geschehen darf.

Handelt es sich um die Beurteilung der zwangsweisen ärztlichen Behandlung des Selbstmörders, so ist die Interessenlage eine andere. Als abstrakte Werte stehen sich gegenüber das Interesse an der Unverletzlichkeit des Körpers und der Willensfreiheit auf der einen Seite, und das Interesse an der Erhaltung des Lebens auf der anderen Seite. Wie oben bemerkt, tritt das Körperinteresse hinter das Freiheitsinteresse zurück, so daß es ausschließlich auf eine vergleichende Bewertung der Willensfreiheit mit dem Gut des Lebens ankommt.

In diesem Punkt setzt die Arbeit von Trappenberg-Scheurel ein, die sich eingehend mit der Frage der Widerrechtlichkeit der Rettung des Selbstmörders beschäftigt. Trappenberg-Scheurel erörtert das Wesen der Widerrechtlichkeit und kommt dabei zu ganz ähnlichen Ergebnissen wie die obige Stellungnahme zu dieser Frage [1]). Die Fälle der sogenannten Interessenkollision will die genannte Autorin nach dem Prinzip des überwiegenden Interesses gelöst wissen [2]). Insbesondere wird auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts hingewiesen, das in besonders gelagerten Fällen einen „übergesetzlichen Notstand" als Rechtfertigungsgrund anerkennt [3]) [4]).

Das Reichsgericht stellt folgende Erwägung an. Aus einem Vergleich der §§ 211 ff., 224, 225 StGB. gehe hervor, daß das Leben und die Gesundheit der werdenden Mutter höher zu bewerten ist, als das im Entstehen befindliche Leben des Ungeborenen. Deshalb dürfe der Arzt auch außerhalb des gesetzlichen Notstandes das höherwertige Leben der Mutter durch Perforation der Frucht retten, vorausgesetzt, daß dieser Eingriff indiziert sei und das einzige Mittel zur Rettung von Leben und Gesundheit der Mutter bilde.

In Anlehnung an diese Rechtsprechung versucht Trappenberg-Scheurel zur Rechtfertigung des Arztes zu gelangen. Den maßgebenden Anhaltspunkt für die Bewertung des Selbstmordes und das Leben des Selbstmörders biete das Gesetz in der Vorschrift des § 216 StGB., wonach die Tötung eines Menschen ungeachtet seines darauf gerichteten ausdrücklichen und ernstlichen Verlangens strafbar und mithin unzweifelhaft auch widerrechtlich ist. Es sei deshalb der Schluß gerechtfertigt, daß die Rechtsordnung auch gegen den Willen des Verletzten an der Erhaltung seines Lebens interessiert ist [5]).

Dem stehe auch nicht entgegen, daß der Selbstmordversuch nach geltendem Recht weder mit Strafe, noch mit sonstigen Rechtsnachteilen bedroht wird [6]). Der Selbstmord sei als Verhältnis des Selbstmörders zu sich selbst rechtlich indifferent

[1]) Trappenberg-Scheurel, S. 27 ff.

[2]) Trappenberg-Scheurel, S. 35 ff.

[3]) RGStr. 61/242 ff.; 62/137. Vgl. auch RGStr. 62/35; 63/215; 64/101; 59/407; 53/317 und RMG. 17/44. Vgl. ferner Kitzinger, der dem übergesetzlichen Notstand besonders in dem Falle der indizierten Schwangerschaftsunterbrechung ablehnend gegenübersteht, in JW. 1933, S. 405 ff., und das dort angeführte Schrifttum.

[4]) Vgl. auch Mezger, Strafrecht, S. 241.

[5]) Trappenberg-Scheurel, S. 37.

[6]) Vgl. von Liszt-Schmidt, § 35, Note 13.

und somit der rechtlichen Regelung nicht fähig. Im Falle des § 216 StGB. sei dagegen außer dem Lebensmüden noch eine andere Person beteiligt. Da der Täter hier mit Strafe bedroht werde, so könne einwandfrei auf ein starkes Interesse der Allgemeinheit an der Erhaltung des Lebens selbst dann geschlossen werden, wenn der Träger den unmißverständlichen Wunsch äußere zu sterben. Die Verfügungsmacht der Einzelnen sei also nicht der oberste Grundsatz.

Daß das Gesetz den Wunsch hege, das Leben gegen den Willen des Trägers zu erhalten, gehe auch aus den Strafbestimmungen über den Zweikampf mit tödlichen Waffen hervor, bei dem die beiden Gegner mit einer Verletzung oder gar mit dem Tode rechnen müssen und deshalb von vornherein auch mit diesen Folgen einverstanden sind. „Da das Gesetz erkennen läßt, daß es die Erhaltung des Lebens auch gegen den Willen des Trägers wünscht, kann, wenn die Verletzung dieses Willens das einzige Mittel zur Erhaltung des Lebens ist, ein dieser Tendenz entsprechendes Verhalten nicht widerrechtlich sein“ [7]).

Dieser Beweisführung stehen erhebliche Bedenken entgegen. Aus § 216 StGB. folgt zunächst nur ein Interesse des Gesetzes daran, daß die dort beschriebene Handlung nicht geschieht. Der Grund hierfür ist aber m. E. nicht darin zu suchen, daß nach dem im Gesetz zum Ausdruck kommenden Staatswillen das Leben jedes Staatsbürgers erhalten werden soll, auch desjenigen, der es von sich werfen will. Allerdings ist das Verhältnis des Selbstmörders zu sich selbst rechtlich indifferent und damit der Möglichkeit gesetzlicher Erfassung entzogen. Neben diesem in der Person des Selbstmörders geschlossenen Verhältnis können aber noch Beziehungen zur Gemeinschaft bestehen, deren Wertbestrebungen durch den Selbstmord berührt werden. Es ist hier nicht anders als bei der Sachbeschädigung durch den Sacheigentümer. Regelmäßig werden dadurch nur die Interessen des Eigentümers berührt. Doch können auch Interessen der Gemeinschaft verletzt oder gefährdet werden. Dann verzichtet aber das Gesetz nicht auf Strafdrohung dem Eigentümer gegenüber (§§ 304, 306 ff. BGB.). Dementsprechend wäre es sehr gut möglich, daß das Gesetz den Selbstmordversuch unter Strafe stellte, weil es den Selbstmord als ein Delikt gegen die Gemeinschaft ansieht, eine Anschauung, wie sie heute noch nach englischem und amerikanischem Recht besteht und früher auch in Deutschland bestanden hat [8]). Fehlt aber eine Strafbestimmung nach dieser Richtung, so kann daraus der Schluß gezogen werden, daß die Gemeinschaft an dem Erfolg der Handlung des Selbstmörders, an dessen Lebensverlust, nicht interessiert ist. Diese Annahme liegt umso näher, wenn eine bestehende Strafbestimmung dieser Art weggefallen ist. Die Aufgabe des Lebens fällt dann in die „staatsfreie Sphäre“, was nicht ohne weiteres von der auf den gleichen Erfolg gerichteten Handlung eines Dritten gelten muß. Daß der Täter im Falle des § 216 StGB. mit Strafe bedroht wird, läßt sich so erklären, daß das Gesetz einem anderen verbietet, das Leben seines Nächsten anzutasten, mag dieser auch des Lebens überdrüssig sein. Hier wie vielfach im Strafrecht muß man den

---

[7]) Trappenberg-Scheurel, S. 37, 38.

[8]) Vgl. von Liszt-Schmidt, § 35, Note 13.

Entstehungsgrund der Strafdrohung in sittlichen Wertungen sehen, die letztlich auf religiöse Vorstellungen zurückgehen. („Du sollst nicht töten.") Das Gesetz hat an diesem absoluten Tötungsverbot festgehalten. Nun soll nicht in Abrede gestellt werden, daß der Selbstmord nach religiöser Betrachtung grundsätzlich verwerflich ist, es sei denn, daß der Selbstmörder in geistiger Umnachtung Hand an sich legt. Dieses religiöse Werturteil ist der Grund früherer gegen den Selbstmord gerichteter Strafbestimmungen. Staat und Religion waren früher aufs engste verflochten. Hält man sich diese Tatsache vor Augen, so kann es gar keinem Zweifel unterliegen, daß der Selbstmord wegen dieser Richtung gegen das Fundament des Staates mit Strafe und sonstigen Rechtsnachteilen bedroht war. Wenn die bestehenden Strafbestimmungen gerade im Zeitalter der Aufklärung (in Preußen von Friedrich dem Großen) beseitigt worden sind [9]), so weist diese Tatsache deutlich auf die Wurzel solcher Bestimmungen hin. In dem seit der Aufklärung vollzogenen Wandel der Anschauungen ist auch der tiefere Grund dafür zu suchen, daß bei der Tötung auf Verlangen die Strafdrohung gemildert worden ist. Sah man den Selbstmord nicht mehr als so verwerflich an, daß man ihn auch weiter bestrafen zu müssen glaubte, so konnte diese Änderung in der Bewertung auch nicht ohne Einfuß auf die Tötung sein, die auf Verlangen des Lebensmüden erfolgt. Man ist aber nicht so weit gegangen, deshalb die Tötung auf Verlangen als sittlich und rechtlich einwandfrei [10]) anzusehen, eben weil es sich hier um die Tat eines Dritten handelt, der nicht in das höchste Gut seines Nächsten eingreifen darf. Diese letzte Erwägung gilt auch gegenüber dem Hinweis auf die Strafbestimungen über den Zweikampf mit tödlichen Waffen.

Jedenfalls ist aber der von Trappenberg-Scheurel aus §§ 216 und 201 ff. StGB. hergeleitete Schluß keineswegs zwingend. Viel näher liegt die Annahme, daß unsere Rechtsordnung an dem Leben des Selbstmörders kein Interesse bezeigt. Welchen Wert sollte für das Gemeinschaftsleben ein Mensch haben, dessen innere Existenz völlig gebrochen ist? Diese Frage stellen, heißt den Wert eines solchen Menschenlebens für die Gemeinschaft verneinen. Das gilt zumal dann, wenn der Lebesmüde nach dem Zustand auch seiner äußeren Kräfte nicht mehr zur Erfüllung seiner sozialen Aufgaben fähig ist.

Somit bestehen also rechtlich und soziologisch kaum stichhaltige Gründe, den Selbstmord zu unterbinden und das Leben des Selbstmörders zu erhalten. Ließe sich ein dahingehender Wille des Staates erweisen, so bedürfte es noch einer Auseinandersetzung mit der Frage, inwiefern der nur auf Grund von unausgesprochenen Erwägungen herausgestellte Wunsch der Allgemeinheit an Erhaltung des Lebens des Einzelnen höher zu bewerten ist als das ebenfalls von der Allgemeinheit verlangte und verfassungsgemäß verbürgte Freiheitsrecht [11]).

---

[9]) Vgl. von Liszt-Schmidt, a. a. O.

[10]) Auch die Wirksamkeit der Einwilligung würde nicht so weit reichen, wenn bei Fehlen des § 216 diese Frage aufgeworfen werden müßte.

[11]) Vgl. Art. 114 RV.

Auch wenn man sich den bezeichneten Entscheidungen des Reichsgerichts im Falle der indizierten Schwangerschaftsunterbrechung anschließt [12]), so kann nicht genug betont werden, wie vorsichtig und sorgfältig das Reichsgericht abwägt [13]). Nicht nur das fertige Leben der Mutter und das unfertige Leben des Ungeborenen werden ihrem Wert nach gemessen, da man sonst zu dem unannehmbaren Ergebnis käme, daß die Schwangerschaftsunterbrechung auch ohne und gegen den Willen der werdenden Mutter zulässig wäre. Vielmehr bedarf es nach der Auffassung des Reichsgerichts der Einwilligung der Mutter. Zu diesem Erfordernis ist das Reichsgericht nicht etwa bloß in der Erwägung gekommen, daß durch den Eingriff das Körper- und das Freiheitsinteresse der Mutter berührt wird. Das Reichsgericht geht wesentlich weiter, indem es auch alle sonstigen in die Frage hineinspielenden Interessen berücksichtigt wissen will, nämlich etwaige religiöse und ethische Empfindungen und Hemmungen. Da hiernach der Arzt die Mutter nicht gegen ihren Willen retten darf, selbst wenn der Eingriff zur Erhaltung ihres Lebens unbedingt erforderlich ist, so erscheint das gefährdete Leben in einen Bereich gerückt, in dem an allererster Stelle der Wille der Mutter entscheidet. Die Mutter kann also über ihr Leben wirksam verfügen ohne Rücksicht darauf, daß der Wert des unfertigen fötalen Lebens in gar keinem Verhältnis zu dem Wert ihres eigenen Lebens steht.

Dem Selbstmörder gegenüber befindet sich der Arzt in wesentlich anderer Lage. Die entwickelten Grundsätze des Reichsgerichts passen hier nicht recht. Da das Reichsgericht die Frage der Widerrechtlichkeit in weitem Umfange von dem pflichtgemäßen Ermessen des Arztes abhängig macht, so müßte m. E. der Arzt, wenn der entgegenstehende Wille des Selbstmörders nicht in Betracht kommen soll, wenigstens die Möglichkeit haben, die Beweggründe festzustellen, auf die der Entschluß des Selbstmörders zurückzuführen ist. Wie soll aber der Arzt gegenüber solchen rein subjektiven Momenten zu einigermaßen sicheren Feststellungen gelangen? Im Einzelfalle mögen für den Selbstmörder gerade Gründe vorgelegen haben, die in einem hohen sittlichen Empfinden wurzeln. Es lassen sich Fälle denken, in denen ein unheilbar Kranker, der noch ein jahrelanges Siechtum vor sich sieht, von dem Wunsch getrieben wird, seine Angehörigen von einer wirtschaftlich und seelisch unerträglichen Last zu befreien. Soll man solchen Opferwillen verdammen?

Mag also das Reichsgericht auch im Falle der indizierten Schwangerschaftsunterbrechung, wie nicht in Abrede gestellt werden soll, zu einem durchaus billigenswerten Ergebnis gelangen [14]), so läßt sich das Wertungsverfahren nicht in befriedigender Weise durchführen, wenn es sich um die Frage der eigenmächtigen Rettung des Selbstmörders handelt.

[12]) Kitzinger, JW. 1933, S. 408, bezeichnet es m. E. mit Recht als eine Unbegreiflichkeit, daß man hier das naheliegende Gewohnheitsrecht leugnet.

[13]) Vgl. Wachinger, JW. 1932, S. 3041 ff.

[14]) Goldschmidt, JW. 1927, S. 2022, bezeichnet die Beweisführung des Reichsgerichts als „bahnbrechend“. Gegen das Reichsgericht vergleiche Kitzinger, a. a. O.

3. Das Gewohnheitsrecht.

Soll nun dem Arzt zugemutet werden, auf eigene Gefahr in der Erwartung zu handeln, daß sein Eingriff zufällig gerade die Billigung des Selbstmörders finde? Da erfahrungsgemäß diese Erwartung nur selten der Einstellung des Selbstmörders entspricht, so würden die meisten Fälle, in denen der Arzt unwillkommene, aber doch nützliche Hilfe leistet, eine Schadensersatzpflicht des Arztes auslösen können; ein Ergebnis, das unserem Rechtsempfinden in keiner Weise gerecht wird.

Der Arzt, der sich bemüht, den Selbstmörder wieder ins Leben zurückzurufen, ist sich darüber im klaren, daß er damit aller Voraussicht nach nicht den Dank des Lebensmüden ernten wird. Trotzdem zögert er nicht, seine Hilfe zu gewähren. Die Erwägung, daß er strafrechtlich nicht zur Verantwortung gezogen werden wird, da die Staatsanwaltschaft in einem solchen Falle wegen „unbedeutender Folgen der Tat“ keine Anklage erhebt, wird der Arzt nun sicherlich nicht anstellen. Ebensowenig wird der Durchschittsarzt das sonstige Für und Wider erwägen. Zu langen Erwägungen ist auch keine Zeit. Ohne Besinnen wird er sich seinem Beruf widmen, der von ihm verlangt, daß er hilft, wo nur Hilfe möglich ist. Wie erklärt es sich, daß die Ärzte in solchen Fällen immer wieder tätig werden, obwohl jeder Arzt weiß, daß er regelmäßig einer Einwilligung bedarf und daß er durch seinen Eingriff womöglich den Plan des Selbstmörders zunichte macht? Diese Frage führt für den Juristen ohne weiteres zu der Frage, ob der Arzt etwa durch ein Gewohnheitsrecht [1]) gedeckt wird.

Das Wesen des Gewohnheitsrechts läßt sich zunächst nur negativ bestimmen. Gewohnheitsrecht ist das ungesetzte, im Rechtsleben unmittelbar hervortretende Recht [2]). Ursprünglich die alleinige Rechtsquelle, ist es mit der fortschreitenden Rechtsentwicklung immer mehr zurückgetreten. Daß das geschriebene Recht sich leichter nachweisen läßt und so den Vorzug größerer Sicherheit bietet, kann gar nicht zweifelhaft sein. Vom Standpunkt des modernen Rechtslebens, in dem die Forderung nach Rechtssicherheit eine bedeutende Rolle spielt, mag deshalb die Abneigung verständlich sein, die allenthalben der Behauptung eines Gewohnheitsrechtes entgegengebracht wird. Da jedoch auch das bestentwickelte Recht nicht den Bedarf nach Rechtsentscheiden deckt, wird die Möglichkeit, daß Recht auch auf andere Weise als durch den Akt der Gesetzgebung entstehen könne, nicht in Abrede gestellt. Über die Voraussetzungen des Gewohnheitsrechtes gehen aber die Meinungen von jeher auseinander.

Nach dem heutigen Stande der Frage stehen sich im wesentlichen zwei Theorien gegenüber, die Willenstheorie und die Überzeugungstheorie. Beide Theorien verlangen eine gleichmäßige allgemeine Übung, unterscheiden sich aber insofern, als diese Übung nach der Willenstheorie auf dem übereinstimmenden, auf

---

[1]) Vgl. hierzu die eingehenden Ausführungen bei Trappenberg-Scheurel, S. 21 ff.

[2]) So Enneccerus, I, 1, § 35.

Rechtsgeltung gerichteten Willen der Übenden beruhen muß, während sich die Überzeugungstheorie damit begnügt, das Gewohnheitsrecht von der Rechtsüberzeugung abhängig zu machen.

Die Willenstheorie in ihrer älteren Form verlangte einen Rechtserzeugungswillen. Demgegenüber ist aber mit Recht hervorgehoben worden, daß mit diesem auf Rechtserzeugung gerichteten Willen eine verkappte Gesetzgebung geduldet werde.

Enneccerus steht dieser Auffassung nahe, indem er statt eines Rechtserzeugungswillens einen „Geltungswillen“ verlangt, nämlich den Willen, daß der Rechtsatz im Leben seine gestaltende Kraft bewahre [3]).

Die Überzeugungstheorie setzt dagegen einen Geltungswillen nicht voraus, sondern läßt die Rechtsüberzeugung (opinio necessitatis) genügen. Nicht ganz einheitlich wird die Frage beantwortet, ob die Rechtsüberzeugung von der Allgemeinheit getragen sein müsse, oder ob es genüge — wie vereinzelt behauptet wird —, daß die Rechtsüberzeugung bei den einzelnen Rechtsgenossen vorliege, die durch ihre Betätigung die Regel verwirklichen. Streitig ist auch der Inhalt der Rechtsüberzeugung, die teils als Überzeugung von dem Dasein und der Gültigkeit eines bestimmten Rechtssatzes, teils dahin bestimmt wird, daß ein Rechtssatz dieses Inhaltes gerecht sei und deshalb Recht sein müsse.

Zu dem Streit zwischen Willens- und Überzeugungstheorie wird man nur Stellung nehmen können, indem man nach dem Ursprung des Rechts fragt. Die Vertreter der Willenstheorie gehen von der Auffassung aus, daß die den Inhalt des Rechts bildenden Gebote und Gewährungen stets Willensakte seien, daß ein bloßes Denken und Fühlen niemals Recht schaffe. Diese Auffassung begegnet keinem Bedenken, soweit man die Entstehung des Gesetzesrechts ins Auge faßt. Richtet man aber den Blick rückwärts auf eine Stufe des Rechtslebens, auf der sich die ersten Ansätze zur Bildung einer Rechtsordnung zeigen, so kann nicht gesagt werden, daß die ersten ins Leben getretenen Rechtsnormen auf einem Willensakt beruhen. Auf dieser Entwicklugsstufe ist ein Wille, eine bestimmte Regel zum Rechtssatz zu erheben, gar nicht denkbar, da die einzelnen Rechtsgenossen sich noch keine Rechenschaft über die Bedeutung und die Notwendigkeit ihrer gegenseitigen Gebundenheit, über den Begriff des Rechts ablegen. In ihrem Nebeneinanderleben haben sie bestimmte Verhaltensweisen gefühlsmäßig als notwendig erkannt. Dieser empfundenen Notwendigkeit folgen sie nicht aus dem Bewußtsein der Gebundenheit, sondern aus der Überzeugung, daß dieses Verhalten von den anderen Rechtsgenossen erwartet werde, und ein davon abweichendes Verhalten unter Umständen die gewaltsame Abwehr von Seiten des unmittelbar betroffenen Rechtsgenossen erfahre. Die Überzeugung der eine Regel Befolgenden hat deshalb zunächst ein Seinsollen zum Gegenstand. Eine Überzeugung dieses Inhaltes stellt auch heute noch die Vorstufe des Gesetzesrechts dar. Sie gibt den Anstoß zur Aufstellung einer bestimmten Regel und deren innere Begründung. Mit der Weiterentwicklung des Rechtslebens tritt das Bedürfnis nach Rechtssicherheit

[3]) Enneccerus, a. a. O., insbesondere Anm. 1.

immer mehr hervor. Um diese Sicherheit zu schaffen, gibt sich die Gemeinschaft das geschriebene Recht. Dieser zur Entstehung des Gesetzesrechts führende Vorgang enthält allerdings immer einen Willensakt, dessen Quelle aber stets die Überzeugung von der Zweckmäßigkeit und Notwendigkeit der aufgestellten Regel ist.

Da nun das Gewohnheitsrecht gerade nicht von der zielbewußten Aufstellung der Rechtsregel auf vorher durch die Verfassung bestimmtem Wege abhängt, ist nicht einzusehen, weshalb hier ein Willensakt erforderlich ist. Es darf hierbei noch auf folgendes hingewiesen werden. Wie überall, so gab es auch im römischen Recht unsprünglich nur ein Gewohnheitsrecht. Doch tritt hier schon früh eine starke Neigung zum geschriebenen Recht hervor, die Neigung, ausschließlich durch die Willensbetätigung staatlicher Organe Recht zu schaffen [4]). Im Gegensatz hierzu hat das Gewohnheitsrecht im deutschen Recht stets einen breiten Raum eingenommen, ja sogar gegenüber dem geschriebenen Recht das Übergewicht behalten. Wie Merk [5]) hervorhebt, wurzelt das Recht nach germanisch-deutscher Rechtsauffassung im Gewissen, in der Überzeugung, worauf schon der Sprachgebrauch der Rechtshandhabung hinweist, indem das Recht „geschöpft" wurde. Nicht der im Gesetzgebungsakt zum Ausdruck kommende Wille bildet den Wesensinhalt des Rechts, sondern das sittliche Verantwortungsbewußtsein, während allerdings in der Gegenwart vielfach durch Gleichsetzung von Recht und Rechtsbefehl das Recht seines idealen Gehalts beraubt worden ist [6]).

Da es sich um Tatsachen unseres Volkslebens handelt, erscheint es angemessen, auch sie bei Feststellung der Voraussetzungen des Gewohnheitsrechts in Rechnung zu stellen. Ein Zeichen dafür, daß das Recht im Gewissen, in der Überzeugung wurzelt, tritt in den gegenwärtigen Bestrebungen, ein unserem Volksbewußtsein entsprechendes deutsches Recht zu schaffen und fremde Rechtseinflüsse nach Möglichkeit auszuschalten, deutlich hervor. In dieser Besinnung auf die im mittelalterlichen deutschen Recht liegenden Werte mag man einen Beweis dafür sehen, daß trotz vorwiegender Pflege des römischen Rechts in der Rechtswissenschaft der vergangenen Epochen unser Volksbewußtsein vom Wesen des Rechts keine Einbuße erlitten hat.

Der Auffassung, wonach eine allgemeine dauernde Übung in Verbindung mit der allgemeinen Überzeugung, daß diese Übung Rechtens sei, zum Gewohnheitsrecht führt, ist der Vorzug zu geben [7]).

Tritt man mit den Grundsätzen der Überzeugungstheorie an die Frage heran, ob sich ein Gewohnheitsrecht gebildet hat, das die Beurteilung des ärztlichen Eingriffs am Selbstmörder klarstellt, so kann das Ergebnis nicht zweifel-

---

[4]) Vgl. Merk, Vom Werden und Wesen des deutschen Rechts, S. 67 ff.

[5]) Merk, a. a. O., S. 69.

[6]) Vgl. Merk, a. a. O., S. 70.

[7]) Auf alle Einzelheiten des Streites zwischen Willens- und Überzeugungstheorie kann im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen werden. Vgl. die Ausführungen bei Trappenberg-Scheurel, a. a. O., denen im wesentlichen zuzustimmen ist.

haft sein. Ohne daß es statistischer Nachweise bedürfte, kann gesagt werden, daß es allgemeiner Übung und den herrschenden Kulturanschauungen entspricht, wenn dem hilfsbedürftigen Selbstmörder Hilfe geleistet wird. Der Helfer entspricht damit einer Forderung, die unsere Rechtsgemeinschaft an jeden Einzelnen richtet. Von Ausnahmen abgesehen, entzieht sich auch niemand dieser sittlichen Pflicht zur Nächstenhilfe. Die Rechts überzeugung geht allerdings nicht so weit, daß bei jeder Selbstverletzung ein Unbeteiligter sich zum Helfer aufwerfen dürfe, wie denn überhaupt die Hilfsbedürftigkeit des Nächsten wohl eine Hilfsbereitschaft nach unseren sittlichen Anschauungen fordert, aber noch keine ungebetene Einmischung in die private Sphäre des Gefährdeten gestattet [8]). Vielmehr wird eine Befugnis zum Eingreifen ohne und gegen den Willen des Selbstmörders nur unter der Voraussetzung eingeräumt, daß eine ernstliche Gefahr für den Lebensmüden besteht. Die ständige Übung und die Rechtsüberzeugung des dargelegten Inhaltes hat m. E. einen deutlichen Niederschlag in der Bestimmung des § 291 des Entwurfs von 1919 gefunden. Diese mit der Überschrift „Unterlassene Lebensrettung" versehene Vorschrift lautet: „Wer es unterläßt, einen andern aus Lebensgefahr zu retten, obwohl er ihn ohne erhebliche Gefahr für sein eigenes Leben oder seine eigene Gesundheit retten kann, wird . . . bestraft" [9]). Es besteht also allgemein die Überzeugung von der rechtlichen Notwendigkeit, daß der Retter des Selbstmörders und auch der Arzt dem rechtlichen Unwerturteil nicht verfallen darf und nicht verfällt.

Die Widerrechtlichkeit des Rettungseingriffs am Selbstmörder wird also durch ein Gewohnheitsrecht ausgeschlossen [10]).

Die Bedenken, die Jung [11]) allgemein gegen die Bildung neuen Gewohnheitsrechtes seit 1900 erhebt, wiegen m. E. hier weniger schwer. Jung wendet sich mit Recht gegen die Vorstellung, daß „die Gewohnheit" das Ausschlaggebende sei, wie im neuzeitlichen Rechtsleben und besonders in der Entwicklung seit 1900 deutlich werde. Jede neue Entscheidung von grundsätzlicher

---

[8]) Vgl. oben, S. 41, 46.

[9]) Die Frage, ob sich ein Gewohnheitsrecht gebildet hat, das den Arzt zur Vornahme der Rettungshandlung verpflichtet, ist hier nicht zu erörtern, aber wohl zu verneinen. Die angeführte Vorschrift des § 291 Entw. 1919 ist übrigens im amtlichen Entwurf von 1925 wieder gestrichen worden. — Zur Frage der Behandlungspflicht des Arztes bei Unglücksfällen vgl. auch die Vorschrift des sog. Liebesparagraphen (§ 360, Ziff. 10, StGB.).

[10]) So auch Unger, S. 204; Köhler, Lehrbuch, S. 78; auch Trappenberg-Scheurel, S. 26, bejaht die Voraussetzungen des Gewohnheitsrechts, glaubt aber, daß es eines Rückgriffes hierauf nicht bedürfe, da sich die Rechtmäßigkeit des Rettungseingriffs mit Hilfe eines aus dem Gesetz zu entnehmenden Prinzips, nämlich auf dem Wege der Interessenabwägung nachweisen lasse. Näheres vgl. oben, S. 63 ff.

[11]) Jung, Bürgerliches Recht 1931, S. 474, 475; Arch. ZPr., Bd. 118, S. 33, 40.

Bedeutung werde sofort nicht nur vervielfältigt und bekannt, sondern auch alsbald wissenschaftlich behandelt. Auf diesem Wege entstehe durch Anwendung der in Wissenschaft und Praxis gefundenen Gedankengänge und Ergebnisse viel rascher neues ungeschriebenes Recht, das man besser als Spruchrecht bezeichne zur Unterscheidung vom Gewohnheitsrecht, „der halbbewußten bloß nachahmungsmäßigen Rechtsbildung“. Naturgemäß bleibe dann für diese Art der Rechtsbildung, für das Gewohnheitsrecht in engerem Sinne wenig Raum.

Über die hier erörterte Frage fehlt es aber insbesondere an wiederholten einschlägigen Entscheidungen, die infolge planmäßiger wissenschaftlicher Verarbeitung dem von unten herauf sich bildenden Gewohnheitsrecht entgegenstehen könnten. Entscheidungen der Zivil- oder Strafgerichte über die behandelte Frage sind überhaupt nicht bekannt geworden. Die Frage ist nur von der Wissenschaft aufgeworfen worden, ohne daß die hier gefundenen Ergebnisse, die nicht einmal übereinstimmen, über den Kreis der Juristenwelt hinaus bekannt geworden sind. Es kann also nicht gesagt werden, daß ein sich mehr und mehr entwickelndes Wissenschaftsrecht die Grundlage der allgemeinen Rechtsüberzeugung ist, wonach der Arzt nicht widerrechtlich handelt. Die Rechtsüberzeugung, daß die dem Selbstmörder geleistete Hilfe nicht rechtsanstößig sein könne, hat sich nicht zuerst bei dem juristischen Bearbeiter gebildet, sondern war bereits als ein Allgemeingut unserer Volksseele vorhanden und brauchte nur aufgegriffen zu werden, um so als juristische Größe, nämlich als Gewohnheitsrecht eingereiht zu werden.

Daß der Arzt häufig in die Lage kommt, einem Lebensmüden seine Hilfe angedeihen zu lassen, kann nicht bezweifelt werden. Wenn trotzdem die für den Juristen auftauchende Frage, ob der Arzt widerrechtlich oder rechtmäßig handelt, nicht oder doch nur selten an die Gerichte herangetragen worden ist, so liegt das nicht nur daran, daß meist kein Schaden eingetreten ist, der den wider seinen Willen behandelten Selbstmörder auf den Gedanken hätte bringen können, die Hilfe des Gerichts gegen die unerwünschte Hilfe in Anspruch zu nehmen. Mag der Selbstmörder sich innerlich auch gegen das unerbetene Hilfswerk auflehnen und sich vielleicht fragen, ob der Arzt ihn an seinem Vorhaben hindern dürfe, so wird das Ergebnis seiner Erwägungen, auf den Standpunkt der Umwelt zurückgeführt, nie so ausfallen, daß der Arzt ein Unrecht begangen habe. Daß die Frage nicht zur Entscheidung der Gerichte gebracht wird, darf also in erster Linie zurückgeführt werden, daß der Selbstmörder die „unerlaubte Handlung“ als rechtmäßig oder jedenfalls als nicht widerrechtlich in Kauf nimmt. Es zeigt sich hier die stille Friedewirkung des Rechts.

Man steht also der merkwürdigen Erscheinung gegenüber, daß einerseits der Selbstmord nicht notwendig unsittlich und verwerflich zu sein braucht, daß aber andererseits die Verhinderung einer nicht einmal unsittlichen Handlung von unserem Rechtsempfinden gebilligt wird. Diese widerspruchsvoll anmutende Tatsache wird man nur fassen können, indem man auf das Rechtsgewissen [12])

[12]) Vgl. oben, S. 30/31, auch Jung in „Rechtsphilosophische Fragen im praktischen Rechtsleben“, Vortrag S. 66 ff., 96: Auch auf der Stufe der

zurückgreift. Der stärkste Krafthebel im Rechtsleben, das auf sittliche Wertungen zurückgehende Empfinden, erweist hier seine Wirksamkeit. Ohne Erwägung und ohne Bedenken greift der Arzt ein. Er folgt damit einfach der Gewissensforderung zu helfen, wo er als Arzt helfen kann.

Ein Widerspruch besteht nur scheinbar. Die Beurteilung des Selbstmordes hat zwar seit der Aufklärung eine Umwertung erfahren, nicht aber der Gedanke der gegenseitigen Hilfe.

---

höchsten Rechtskultur kann die Rechtsanwendung des Rückgriffs auf die obersten sittlichen Grundlagen der Rechtsordnung oder auf das Rechtsgewissen nicht entbehren. Der Rückgriff hierauf erscheint m. E. insbesondere da zulässig, wo es sich um die Unterscheidung von Recht und Unrecht handelt.

Lebenslauf.

Am 11. 2. 1901 wurde ich, Karl Roth, als Sohn des Pfarrers Martin Roth und seiner Ehefrau Christine geb. Tietjen in Altmorschen, Kreis Melsungen, geboren. Den ersten Schulunterricht erhielt ich in der Volksschule. Später besuchte ich das Friedrichsgymnasium zu Kassel, das ich mit Primareife verließ, um mich für den Apothekerberuf auszubilden. Da ich jedoch in dieser Tätigkeit nicht die genügende Befriedigung fand, brach ich die Lehrzeit ab. Seit August 1920 im Vorbereitungsdienst für die mittlere Justizlaufbahn bestand ich 1924 die Justizobersekretärprüfung. Anschließend war ich im Bürodienst bei verschiedenen Gerichten des Oberlandesgerichtsbezirks Kassel tätig. 1926 erhielt ich nach Bestehen der sogenannten Begabtenprüfung vom Herrn Minister für Wissenschaft, Kunst und Volksbildung die Zulassung zum Studium der Rechtswissenschaft. Meine 1927 begonnenen Universitätsstudien führten mich an die Universitäten in Göttingen, Halle, Münster und Marburg. Nach 7 Studienhalbjahren bestand ich im Oktober 1930 vor dem Juristischen Prüfungsamt bei dem Oberlandesgericht in Kassel die Referendarprüfung. Seit November 1930 befinde ich mich im Vorbereitungsdienst und stehe zur Zeit im letzten Ausbildungsabschnitt.

Die mündliche Doktorprüfung bestand ich am 24. Juli 1933 mit dem Prädikat „cum laude“.

Meinem hochverehrten Lehrer, Herrn Professor Jung, sage ich auch an dieser Stelle herzlichen Dank für die Anregung zur Anfertigung der vorstehenden Dissertation und für deren gütige Durchsicht.